Die Beschränkung und Beendigung der elterlichen Vermögensverwaltung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftlichen Abteilung)

der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen.

Vorgelegt von

Referendar Hellmuth Jaeger

aus Berlin.

Druck der Buchdruckerei Eugen Göbel in Tübingen

1929.

Referent: Prof. Dr. A. Schmidt.

Angenommen am 5 Juli 1929.

Meinem lieben Onkel
Dr. h. c. Oskar Walcker
in Dankbarkeit
zugeeignet.

Inhatsverzeichnis.

Erster Teil.

Einleitung.

Seite

§ 1. Wesen und Geschichte der elterlichen Vermögensverwaltung . . . .
§ 2. Das verwaltete Vermögen 1
§ 3. Die Verwaltung bei Kindern aus nichtigen und geschiedenen Ehen . . 1

Zweiter Teil.

Die Beschränkungen der elterlichen Vermögensverwaltung.

§ 4. Übersicht 2

1. Abschnitt:

Unmittelbare gesetzliche Beschränkungen.

§ 5. Das Schenkungsverbot 2
§ 6. Das Gebot mündelsicherer Anlage von Bargeld 2
§ 7. Einschränkungen durch Heirat minderjähriger Töchter 3

2. Abschnitt:

Beschränkung durch das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Mitwirkung.

§ 8. Gesamtvermögensgeschäfte 3
§ 9. Erbschaftsgeschäfte 3
§ 10. Immobiliargeschäfte 4
§ 11. Angelegenheiten des Geschäftsverkehrs 4
§ 12. Geldgeschäfte 5
§ 13. Abschluß langfristiger Verträge 5

3. Abschnitt:

§ 14. Beschränkung durch Beistandschaft 6

4. Abschnitt:

§ 15. Beschränkende Anordnungen Dritter 6

Dritter Teil.

Die Beendigung der elterlichen Vermögensverwaltung.

§ 16. Übersicht 68

1. Abschnitt:

Gründe in der Person des Kindes.

§ 17. Tod und Todeserklärung des Kindes 69
§ 18. Volljährigkeit und Volljährigkeitserklärung 71
§ 19. Annahme an Kindesstatt 73

2. Abschnitt:

Gründe in der Person des Gewalthabers.

§ 20. Tod und Todeserklärung des Gewalthabers 74
§ 21. Konkurs des Gewalthabers 77
§ 22. Verwirkung infolge Verbrechens am Kinde 81
§ 23. Wiederverheiratung der Mutter 84

3. Abschnitt:

Beendigung infolge Entziehung.

§ 24. Entziehung wegen Unterhaltsgefährdung 85
§ 25. Entziehung wegen Verletzung gerichtlicher Anordnungen 88

Literatur-Verzeichnis.

A) Systematische Werke, Kommentare, Abhandlungen.

v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts. 3. Aufl. 1913.
v. Blume, im Familienrecht von Opet und v. Blume: Verwandtschaft und Vormundschaftsrecht. 1906 und 1904.
Böhm, Wann ist gemäß § 1773 Abs. 1 des BGB Vormundschaft über Minderjährige einzuleiten? Gruch 41, 561.
Breit, Der Entwurf des Scheckgesetzes im Verhältnis zum BGB. DJZ 1908, 240.
Brodmann, Kommentar zum Reichsgesetz betr. die GmbH. 1924.
Brunner, Brunner-Heymann, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 7. Aufl. 1925.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 7. Aufl. 1924. (Bd. II.)
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1908. (Bd. IV.)
Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 1914.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 4. Aufl. 1908. (Bd. IV.)
Eck, Die elterliche Gewalt im BGB. Bürg A 41, 1.
Eichhorn, Über Schenkungen. DJZ 1903, 433.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8/9. Aufl. 1908. (Bd. II, 2.)
Engelmann, Das Gesetz über die Anlegung von Mündelgeld vom 23. Juni 1923. JW 1923, 1021.
Enneccerus, in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: Bd. I, 1 und I, 2. 11. Bearbeitung. 1926.
Erlanger, Die Beraubung der Mündel durch den Staat. DJZ 1922, 55.
Fohr, Die elterliche Gewalt nach dem deutschen Recht. ZivA 92, 381.
Fuchs, im Familienrecht von Schmidt-Hedemann-Fuchs: Vormundschaftsrecht. 1909.
Fuchs, A. Fuchs, Kommentar zum FGG. 2. Ausg. 1907.
Gaupp-Stein, Gaupp-Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO. 14. Aufl. 1928.
Goldmann, Goldmann-Lilienthal-Sternberg, Das bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1921. (Bd. 3.)
Gimmerthal, Das Vermögensverzeichnis des § 1640 BGB. BürgA 29, 276.
Güthe-Triebel, Güthes Grundbuchordnung für das deutsche Reich. 4. Aufl. 1923/1925.
Habicht, Die Einwirkung des BGB auf elterliche Nutznießungsrechte, besonders den Besitz. Gruch 42, 434.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.
Hesse, Ein Fall aus dem Vormundschaftsrecht. Recht 1901, 577.
Hölder, Kommentar zum BGB; Allgemeiner Teil. 1900.
Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts. 4. Aufl. 1922.
Jaeckel-Güthe, Kommentar zum Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 5. Aufl. 1915.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 5. Aufl. 1916.
Jellinek, System des subjektiven öffentlichen Rechts. 1905.
Josef, Schädigung des Mündels durch Erfüllung sittlicher Pflichten. DJZ 1908, 1163.
Josef, Die Vaterschaftsanerkennung minderjähriger Erzeuger. Recht 1911, 513.
Keßler, Zu § 1643 BGB. BayrZ 1905, 507.

Kipp, in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: Familienrecht, Verwandtschaft und Vormundschaft, 6. Bearbeitung. 1928. (Bd. II, 2); Erbrecht, 14.—16. Aufl. 1928. (Bd. II, 3.)
Kipp, Mündelsicherheit. Gruch 66, 497.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1915. (Bd. III, 1.)
Körnig, In welchem Verhältnis stehen die §§ 1645, 1647 BGB zueinander? SächsA 12, 13.
Manthey, Zur Verwirkung der elterlichen Gewalt. LZ 1917, 914.
Moses, Über unwirksamen Beitritt zu einer GmbH, I b § 6: Mängel der Willensfähigkeit. JHJahrb 53, 417.
Mot, Motive zum Entwurf (I) eines BGB.
Munk, Die elterliche Gewalt und ihre Reform. JW 1925, 309.
Munk, Vorschläge zur Umstellung des Rechts der Ehescheidung und der elterlichen Gewalt. 1923.
Nothmann, Bedarf der für das Mündel erstehende Vormund gerichtlicher Genehmigung zu einer Vereinbarung auf § 91, 2 ZVG? DJZ 1909, 823.
Opet, im Familienrecht von Opet und v. Blume: Bürgerliche Ehe. 1906.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil. 3. Aufl. 1927.
Parisius-Crüger, Parisius-Crüger-Crecelius, Kommentar zum Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. 10. Aufl. 1926.
Planck, Planck-Unzner, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. 1924. (Bd. IV.)
Prot, Protokolle der Kommision für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. (Bd. IV.)
RGRKom, Kommentar zum BGB, erläutert von Reichsgerichtsräten, 6. Aufl. 1928.
Riß, Die Aufhebung von Straffolgen im Gnadenwege nach bayerischem Rechte. BlfRA 69, 533.
Schlegelberger, Die Gesetze über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. 3. Aufl. 1927.
A. Schmidt, im Familienrecht von A. Schmidt-Hedemann-Fuchs: Die bürgerliche Ehe. 1907.
Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 6. Aufl. 1919—22.
Schultheis, Der Umfang der Inventarisationspflicht des elterlichen Gewalthabers nach § 1640 BGB. ZBlFG 7, 175 ff.
Schultheis, Der deutsche Vormundschaftsrichter. 1900.
Schulzenstein-Köhne, Das deutsche Vormundschaftsrecht. 1901.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. II. 3. Aufl. 1926.
Sohm, Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen. 17. Aufl. 1923.
Starck, Was ist unter einem an dem Kinde verübten Verbrechen (Vergehen) im § 1680 BGB zu verstehen? LZ 1918, 1048.
Staub, Staub-Koenige-Bondi, Kommentar zum Handels-Gesetzbuch. 12/13. Aufl. 1926/27.
Staub-Hachenburg, Staub-Hachenburg-Bing-Schmidt II, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 5. Aufl. 1926/27.
Staub-Stranz, Kommentar zur Wechselordnung. 12. Aufl. 1929.
Staudinger, Staudinger-Engelmann, J. v. Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl. 1926. (Bd. IV, 2.)
Süßheim, Die Anstandsschenkungen im BGB. JW 1901, 743.
v. Thur, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. (Bd. 1—3, 1910 bis 1918.)
WarnKom, O. Warneyer, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II, 1. Ausgabe 1927.
Weinschenk, Indossamente ohne die vorgeschriebene Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Recht 1920, 79.
Winter, Die Anerkennung der Vaterschaft durch Minderjährige. DJZ 1908, 1166.

Wolff, in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: Sachenrecht. 7. Bearbeitung. 1927. (II, 1); im Familienrecht. 6. Bearbeitung. 1928, (II, 2): Eherecht.

B) Zeitschriften, Sammlungen von Entscheidungen.

BayNotZ, Zeitschrift für das bayrische Notariat und für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern.
BayOLG, Sammlung von Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen.
BayZ, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
BlfRA, Blätter für Rechtsanwendung, gegründet von Seuffert und Glück.
BürgA, Archiv für bürgerliches Recht.
DJZ, Deutsche Juristen-Zeitung.
DNZ, Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
Gruch, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
HansGZ, Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr., Hessische Rechtsprechung.
JhJahrb, Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JW, Juristische Wochenschrift.
KGJ, Jahrbücher der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen.
LZ, Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
OLG, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeben von Mugdan und Talkmann.
PosMonSchr, Juristische Monatsschrift für Posen, Ost- und Westpreußen und Pommern.
Recht, Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgeber Soergel.
RGSt, Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RJA, Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt.
SächsA, Sächsisches Archiv für deutsches bürgerliches Recht.
SeuffA, Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
WürttZ, Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZBlFG, Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung.
ZivA, Archiv für zivilistische Praxis.

Erster Teil.

Einleitung.

§ 1.

Wesen und Geschichte der elterlichen Vermögensverwaltung.

Die Beziehungen zwischen dem Vater, der Mutter oder beiden in ihrer Vereinigung als Eltern gestalten sich in erster Linie nach Grundsätzen, die ethischer und religiöser Natur sind und im Inneren dieser Personen geschrieben stehen. Die enge persönliche Verbindung und die feste Lebensgemeinschaft zwischen Eltern und Kind machen es dem Staate schwer, von außen her mit gesetzlichen Vorschriften regelnd einzugreifen [1]).

Aber der Staat, dessen Bestand von einem geordneten Familienleben abhängig ist [2]), vermag nicht darauf zu verzichten, trotz der gesetzestechnischen Schwierigkeiten bei der Erfassung familiärer Beziehungen Rechtsnormen zu schaffen, die dazu dienen, den Familienfrieden zu gewährleisten, eine körperlich und geistig gesunde Entwicklung des heranwachsenden Geschlechts zu ermöglichen und insbesondere für Abhilfe zu sorgen, wenn die Eltern ihre natürliche Vormachtstellung gegenüber dem Kinde mißbrauchen oder wenn sie die Erfüllung ihrer Elternpflichten vernachlässigen oder unterlassen.

Die großen Schwierigkeiten liegen für den Gesetzgeber auf dem Gebiet der elterlichen Sorge für die Person des Kindes. Dagegen ist es erheblich einfacher, die elterliche Sorge für das Vermögen unter Rechtsnormen zu stellen. Denn die elterliche Vermögensverwaltung ist weniger an ethische oder religiöse Anschauungen und mehr an geschäftliche Auffassungen und Einstellungen gebunden. Sie ist in ihrem Wesen im Grunde auch nur eine Vermögensverwaltung von der gewöhnlichen Art, wie sie uns das Rechtsleben täglich in den verschiedensten Formen und unter den vielfältigsten Voraus-

---

[1]) Eck, Bürg A 41, 1. Die sittliche Seite — im Gegensatz zur rechtlichen Seite — kennzeichnet auch RGSt. 36, 79 ff.

[2]) Jellinek, System der subj. öffentl. Rechte, S. 89.

setzungen zeigt. Die Tatsache, daß hier gerade ein elterlicher Gewalthaber das Vermögen seines Kindes verwaltet, ist nur insofern von Bedeutung, als das Gesetz dem Gewalthaber wegen des durch die nahe Verwandtschaft bedingten gemeinsamen Interesses ein weitreichendes freies Ermessen gewähren kann, andererseits zugleich angesichts der Wehr- und Machtlosigkeit des Kindes zu seinem Schutze besondere Schranken einfügen muß. Aus diesen Gründen bedarf die elterliche Vermögensverwaltung nicht nur für die Umgrenzung ihres Umfanges einiger besonderer Vorschriften, sondern auch die Gründe, die eine Beendigung der elterlichen Verwaltung herbeiführen, müssen in besonderer Weise der Eigenart des elterlichen Gewaltverhältnisses angepaßt werden.

Die elterliche Sorge für das Kindesvermögen ist nicht notwendig ein Bestandteil der elterlichen Gewalt, wie es etwa die Personenfürsorge ist. Denn es ist sehr wohl denkbar, daß ein Rechtssystem des Instituts der elterlichen Vermögensverwaltung überhaupt völlig entbehrt, weil das betreffende System ein eigenes Vermögen des Kindes nicht anerkennt. So gewährt das älteste römische Recht dem Kinde keine selbständige Vermögensfähigkeit[3]). Das Kind kann nicht für sich selbst, sondern nur für den Gewalthaber Vermögen erwerben und besitzen. In dieser Regelung offenbart sich die Grundauffassung des alten römischen Rechts, welches in der elterlichen Gewalt über das Kind mehr ein Macht-, denn ein Fürsorgeverhältnis erblickt. Auch das alte deutsche Recht bis zur fränkischen Zeit betont den väterlichen Machtgedanken, ohne allerdings an der Fähigkeit des Kindes zu rütteln, Träger von Vermögensrechten zu sein. Der Schwerpunkt liegt bei diesen alten Rechten in der Machtbefugnis und damit im Interesse des Gewalthabers, während das Kind nur Gegenstand dieser Macht ist[4]). So dient nach der patriarchalischen Auffassung die elterliche Gewalt, wie von Amira zutreffend formuliert[5]), dem Interesse des Vaters, nach der neueren Anschauung unter dem Einfluß des Fürsorge- und Schutzgedankens dagegen dem Interesse des Kindes.

Die natürliche Folge des Prinzips von der Vermögensunfähigkeit des Kindes ist das Fehlen jeglicher elterlicher Vermögensverwaltung. Aber das alte römische Recht hat auf diesem Prinzip nicht starr verharrt; seine spätere Entwicklung rückt vielmehr das Kind selbst immer stärker in den Vordergrund und führt schließlich zur Anerkennung der Vermögensfähigkeit des Kindes und damit zur Entstehung der elterlichen Vermögenssorge; ja, in einigen Sonder-

[3]) Czyhlarz § 114.
[4]) Hübner, Grundzüge, § 97 I 2.
[5]) v. Amira, Grundriß, S. 184.

fällen hat die Entwicklung sogar ein eigenes Verwaltungsrecht des Kindes an seinem Vermögen gebracht.

Im Laufe der Zeit hat der altrömische Satz von der Vermögensunfähigkeit des Kindes starke Abwandlungen erfahren [6]). Die teilweise Vermögensfähigkeit erlangt unter Augustus der Soldat für das Vermögen, das er in seiner Eigenschaft als Soldat erwirbt: das peculium castrense. Konstantin geht darüber hinaus und schafft das peculium quasi castrense. Danach geht alles, was das Kind als Beamter aus seiner Amtsstellung, als Advokat aus der Advokatur erlangt oder infolge kaiserlicher Schenkung bekommt, in sein freies Eigentum über. Das peculium castrense und quasi castrense beruht auf der vollen Vermögensfähigkeit des Kindes und unterliegt seiner freien Verwaltng.

In einem gewissen Gegensatz zu diesem bona steht das peculium adventicium, die Schöpfung Konstantins. Denn dieses bonum steht zwar im Eigentum des Kindes und gibt ihm insoweit die Vermögensfähigkeit, untersteht aber der Verwaltung, Nutznießung und der testamenti factio des paterfamilias. Zu diesen bona adventicia gehören die bona materna (Erbschaft von der Mutter), später auch die bona materni generis (Erbschaft von der mütterlichen Verwandtschaft). Justinian erweitert dieses Rechtsinstitut erheblich, indem er jeden Erwerb von Dritten hierher rechnet. Diese Entwicklung erlangt ihren Gipfelpunkt in den bona adventicia irregularia. Darnach erhält das Kind, wenn ihm ein Dritter Vermögen zuwendet und dabei den Ausschluß der väterlichen Verwaltung oder Nutznießung anordnet, nicht nur das Eigentum an dem zugewendeten Vermögen, sondern auch die Verwaltung oder die Nutznießung.

Die Entwicklungsgeschichte des deutschen Rechts unterscheidet sich in einem wesentlichen Punkte von der des römischen Rechts. Zwar hat in früher germanischer Zeit der Vater eine allein seinem Interesse dienende patriarchalische Allmacht und Gewalt über das Kind (und die Ehefrau) inne gehabt [7]). Trotzdem kennt das deutsche Recht von Anbeginn an die selbständige Vermögensfähigkeit [8]) des Kindes. Denn das Kind ist nach deutschem Recht ein selbständiges Rechtssubjekt, während das römische Recht die Stellung des Kindes der des Sklaven angleicht. Der Vater hat am eigenen Vermögen des Kindes — wie an dem der Ehefrau — nur die „Gewere zu rechter Vormundschaft". Diese Gewere umfaßt die Verwaltung und Nutznießung.

Die väterliche Gewere währt solange, wie das Kind unter der Mundschaft des Vaters steht oder, wie ein deutsches Rechtssprich-

---

[6]) Sohm § 90, a. E.
[7]) Schröder, Lehrb. § 11, S. 71. Hübner, Grundzüge, § 97 I, S. 640.
[8]) Hübner, Grundzüge, § 98 II, S. 647.

wort sagt: solange das Kind „Mus und Brot des Vaters“ ißt. Im Gegensatz steht auch hier das römische Recht, welches das Kind nicht mit dem Eintritt der wirtschaftlichen Selbständigkeit aus der väterlichen Gewalt entläßt, sondern erst mit dem Tode des Vaters oder durch einen besonderen Gnadenakt desselben. Das deutsche Recht dagegen läßt die elterliche Gewalt im allgemeinen mit der „Brautgabe“ bei der Tochter und mit dem Ausscheiden des Sohnes aus dem elterlichen Haushalt enden [9]).

Die Rezeption des römischen Rechts hat eine Mischung von römischem Pekulien- und deutschem Mundschaftsrecht herausgebildet. So kennt das gemeine Recht das peculium regulare als freies Kindesvermögen, das der Verwaltung und Nutznießung des Vaters unterliegt, und das dem römischen peculium castrense und quasi castrense mit einigen Erweiterungen nachgebildete freie Kindesgut. Die Erweiterungen bestehen darin, daß sowohl der Erwerb aus künstlerischer Tätigkeit als auch aus Dienstleistungen freies Kindesgut wird. An diesem freien Vermögen hat der Vater nur die dem Schutze des Kindes dienende mundschaftliche Verwaltung.

Das BGB., an dessen Spitze der Satz von der Rechtsfähigkeit jedes Menschen gestellt ist, verleiht dem Kinde die Vermögensfähigkeit. Sein Vermögen unterliegt aber der Verwaltung und Nutznießung des Gewalthabers. Allerdings gibt es auch in einigen besonderen Fällen verwaltungsfreies Vermögen. Darin, daß das BGB. dem Gewalthaber die Verwaltung gibt, zugleich jedoch zur Pflicht macht, folgt das Gesetz dem deutschrechtlichen Fürsorge- und Schutzgedanken [10]). Das Nutznießungsrecht dagegen ist ein patriarchalischer Rest aus der Zeit des älteren römischen und des ältesten, vorfränkischen deutschen Rechts.

§ 2.

Der Umfang des verwalteten Vermögens.

Die elterliche Verwaltung erstreckt sich grundsätzlich auf das gesamte Vermögen, welches das Kind besitzt und erwirbt. Dieser Grundsatz wird nach dreierlei Richtung durchbrochen. Das Gesetz gibt dritten Personen bei Zuwendungen an das Kind das Recht, den Ausschluß der elterlichen Verwaltung anzuordnen; es schließt die elterliche Verwaltung aus, soweit ein Pfleger bestellt oder der Mutter ein Verwaltungsbeistand beigeordnet ist; endlich

[9]) Brunner, Grundzüge, S. 229; Hübner, Grundzüge § 97, 3 S. 643. Schröder, Lehrb. Teil I § 11, S. 72 ff.

[10]) Endemann, Lehrbuch F.R. § 192 Anm. 2 a.

ist die elterliche Verwaltung ausgeschlossen, wenn das Kind mit Zustimmung des Gewalthabers und Genehmigung des Vormundschaftsgerichts selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt.

Ein solcher teilweiser Ausschluß der elterlichen Vermögensverwaltung ist im weitesten Sinn auch eine „Beschränkung" derselben. In dieser Arbeit soll jedoch der Begriff der Beschränkung nur im engeren Sinne aufgefaßt werden; während im Falle des Ausschlusses ein Stück von dem Kindesvermögen abgetrennt und in diesem Umfang der elterlichen Verwaltung entzogen ist, liegt eine Beschränkung im engeren Sinn dann vor, wenn die elterliche Verwaltungsmacht inhaltlich begrenzt und eingeengt ist. Unter Zugrundelegung dieser Auffassung sollen die Fälle des Ausschlusses der elterlichen Verwaltung nur in der Einleitung eine kurze Würdigung erfahren, um damit für die Hauptuntersuchungen über die eigentlichen Beschränkungen und die Beendigungsgründe festzulegen, für welchen Umfang das Kindesvermögen in den Kreis dieser Betrachtungen zu ziehen ist.

I.

Gemäß § 1638 BGB. kann der Gewalthaber von der Verwaltung über das Vermögen ausgeschlossen werden, welches das Kind durch letztwillige Verfügung oder durch unentgeltliche Zuwendung eines Dritten erworben hat, wenn der Dritte den Ausschluß durch letztwillige Verfügung oder bei der Zuwendung angeordnet hat. Diese Vorschrift ist verwandt mit der Bestimmung des § 1369 BGB. Darnach kann ein Dritter bei Zuwendungen an eine Ehefrau anordnen, daß das zugewendete Vermögen Vorbehaltsgut sein und damit der ehemännlichen Verwaltung entzogen sein soll.

Eine solche Anordnung ist auch bedingt oder betagt [11]) zulässig. In allen Fällen ist jedoch erforderlich, daß nicht ein bloßer Wunsch vorliegt, sondern daß eine wirkliche Anordnung, die den Charakter eines bindenden Befehls trägt, erfolgt ist [12]).

Die ausschließende Anordnung muß durch eine letztwillige Verfügung erfolgen, sei es durch die die Zuwendung selbst enthaltende Verfügung, sei es durch eine spätere Verfügung. Es ist auch möglich, daß die Verfügung als nicht vertragsmäßiges Element eines Erbvertrages getroffen wird [13]). Das Kind braucht nicht notwendig Erbe oder Vermächtnisnehmer zu sein; auch der Pflichtteil kann durch Anordnung des Erblassers von der Verwaltung des Gewalthabers ausgeschlossen werden [14]).

---

[11]) Staudinger § 1638 Anm. 4; Planck § 1638 Anm. 7.
[12]) Staudinger § 1803 Anm. 1; Gruch 30, 1047.
[13]) Opet § 1369 Anm. 2; Goldmann § 17 Anm. 40.
[14]) Opet § 1369 Anm. 2; Goldmann § 40 Anm. 3; Hesse, Recht 1901, 577/8.

Während die Anordnung bei letzwilliger Verfügung auch in einer späteren Verfügung getroffen werden darf, muß sie als unentgeltliche Verfügung unter Lebenden unmittelbar mit dem Zuwendungsgeschäft zusammen vorgenommen werden [15]). Eine spätere Anordnung ist rechtlich wirkungslos [16]). Zweifelhaft ist jedoch, ob eine bereits vor dem Zuwendungsgeschäft getroffene Anordnung wirksam ist. Die Frage wird gegenüber dem genauen Wortlaut des Gesetzes zu verneinen sein [17]). Das Gesetz muß gerade bei dieser Frage striktissime ausgelegt werden, da eine solche Verfügung insoweit die öffentlich-rechtliche Wirkung der elterlichen Gewalt ausschließt. Aus diesem Grunde bedarf es völliger Klarheit und Rechtsgewißheit. Daher genügt es nicht, wenn eine solche Anordnung lediglich vorher, insbesondere nur in dem zugrunde liegenden Kausalgeschäft, getroffen ist.

Die Zuwendung unter Lebenden muß unentgeltlich erfolgen. Das ist der Fall, wenn die Zuwendung völlig ohne jede Gegenleistung oder zumindest ohne wertentsprechende Gegenleistung erfolgt [18]). Daher stellt der praktisch bedeutsame Fall einer Ausstattung gemäß § 1624 BGB. regelmäßig, auch insoweit sie nicht als Schenkung gilt [19]), eine unentgeltliche Zuwendung im Sinne des § 1638 BGB. dar.

Infolge der öffentlich-rechtlichen Natur der elterlichen Gewalt kann der Gewalthaber nicht auf die Vermögensverwaltung verzichten. Eine Folge dieses Grundsatzes ist, daß sich der Gewalthaber selbst auch nicht derart der Verwaltungspflicht entziehen kann, daß er sich selbst bei einer Zuwendung an das Kind von der Verwaltung kraft eigener Anordnung ausschließt [20]). Andererseits ist der zuwendende Dritte nicht gehindert, den Gewalthaber zwar von der elterlichen Vermögensverwaltung auszuschließen, ihn aber zugleich wieder als Pfleger für das Sondervermögen zu bestimmen. Im Falle des § 1638 BGB. ist die elterliche Verwaltung von Anfang an ausgeschlossen, nicht erst von dem Zeitpunkt an, zu dem ein Pfleger bestellt ist [21]). Andererseits kann die elterliche Vermögensverwaltung über das Sondervermögen bei einer bedingten oder betagten Anordnung von dem Augenblick an beginnen, wo die auflösende Bedingung oder die Zeitbestimmung hinsichtlich des Ausschlusses eintritt.

---

[15]) Mot IV, 170.
[16]) Goldmann § 17 Anm. 41.
[17]) v. Blume § 1638 Anm. 3 b; A. A.: Goldmann § 17 Anm. 41.
[18]) Goldmann § 40 Anm. 8.
[19]) RGRKom § 1638 Anm. 2; v. Blume § 1638 Anm. 2; Staudinger § 1638 Anm. 2 b; RGZ 69, 93, 80, 217.
[20]) Staudinger § 1638 Anm. 2 b; Goldmann § 40 Anm. 6; Kipp § 80 Anm. 1; PosMonSchr 1906, 85; RJA 14, 2.
[21]) Seuff A 63 Nr. 254; Recht 1909 Nr. 1327; OLG. 24, 28 ff; 25, 401; Bayr. OLG. 14, 253.

Zu dem Sondervermögen gehört auch das, was auf Grund eines Rechts oder als Ersatz für einen beschädigten, zerstörten oder entzogenen Gegenstand oder durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, welches sich auf das Sondervermögen bezieht [22]). Diese Bestimmung ist aber nicht zwingendes Recht, sondern nur eine gesetzliche Auslegungsregel, die durch besondere Anordnung des Dritten abgeändert zu werden vermag [23]). Denn wenn der Dritte seine Anordnungen bedingt treffen kann, so ist nicht einzusehen, wieso er nicht befugt sein sollte, die Ersetzungskraft auszuschließen. Die Wirkung ist dann, daß das Ersatzvermögen unter die elterliche Verwaltung fällt. Denn wenn ein Dritter bei einer Zuwendung Vermögen des Kindes der elterlichen Verwaltung entzieht, aber die Surogationswirkung ausschließt, so steht diese Anordnung rechtlich einem durch den Eintritt des Ersatzfalles auflösend bedingten Ausschluß der elterlichen Verwaltung gleich.

Das Surogationsprinzip ist typisch für familienrechtliche Vermögensverwaltungen; es entspricht der Regelung des § 1370 BGB. für das eingebrachte Gut der Ehefrau. Die Surogation dient der unverminderten Erhaltung und Sicherung des verwalteten Vermögens.

II.

Der Vermögensverwaltung des Gewalthabers unterliegen nicht solche Vermögensangelegenheiten, für die das Vormundschaftsgericht einen Pfleger gemäß § 1628 BGB. bestellt hat.

Ein Pfleger muß nach dieser Gesetzesbestimmung bestellt werden, wenn der Gewalthaber tatsächlich oder rechtlich an der Verwaltung verhindert ist, § 1909 BGB. Derselbe Paragraph schreibt, einen Sonderfall herausgreifend, insbesondere vor, daß eine Verwaltungspflegschaft anzuordnen ist, wenn dem Kinde Vermögen von Todes wegen oder unentgeltlich mit der Anordnung zugewendet wird, daß der Gewalthaber nicht die Verwaltung führen soll. In diesem Sonderfall rechtlicher Behinderung ist der Gewalthaber allerdings schon durch die Vorschrift des § 1638 von vornherein von der Verwaltung ausgeschlossen, nicht erst nachträglich mit dem Augenblick der Bestellung des Pflegers. Ein weiterer Fall ursprünglichen Ausschlusses ist in § 1630, 2 BGB. enthalten, wonach der Gewalthaber im Sinne des § 181 BGB. nicht mit sich selbst kontrahieren darf. Eine nicht ursprüngliche, sondern erst nachträgliche rechtliche Verhinderung behandeln die §§ 1647 [24]),

---

[22]) Die Vorschrift entspricht dem § 1730 BGB.

[23]) v. Blume § 1638 Anm. 4; Planck § 1638 Anm. 6; Staudinger § 1638 Anm. 6.

[24]) Siehe unten: § 21.

1666 [25]), 1667 [26]), 1670 BGB., über die an anderer Stelle eingehender gehandelt wird. Besondere Aufmerksamkeit verdient der Fall des § 1686 BGB. Ist der Mutter als Gewalthaberin ein gewöhnlicher Beistand angeordnet, so führt sie die Vermögensverwaltung trotzdem selbst und unter eigener Verantwortung fort. Im Gegensatz zu diesem gewöhnlichen Beistand steht der Verwaltungsbeistand, der die Rechte eines Pflegers besitzt. Ist auf Antrag der Mutter gemäß § 1693 BGB. ein solcher Beistand bestellt worden, so wird ihr durch die Bestellung die Vermögensverwaltung entzogen.

Neben der rechtlichen Verhinderung rechtfertigt die tatsächliche Verhinderung durch Krankheit, Haft oder längere Abwesenheit die Anwendung einer Pflegschaft; auch die Geschäftsungewandtheit [27]) kann einen Grund abgeben. Voraussetzung für die Anordnung ist, daß ein gegenwärtiges Bedürfnis zur Pflegschaft vorliegt. Die bloße Möglichkeit für den künftigen Eintritt eines Bedürfnisses reicht nicht aus [28]), um durch die Bestellung einer Pflegschaft dem Gewalthaber die Verwaltung der betreffenden Angelegenheiten zu entziehen.

Die Bestellung einer Pflegschaft nach § 1909 BGB. ist nur möglich, wenn die elterliche Gewalt besteht, sei es beim Vater, sei es bei der Mutter. Ruht die elterliche Gewalt, so ist nicht eine Pflegschaft, sondern eine Vormundschaft einzuleiten, § 1773, 1 BGB. Es ist nicht gesetzlich ausgeschlossen, daß der Gewalthaber zugleich Pfleger ist oder wird. Dann ist er aber insoweit den besonderen Beschränkungen (§ 1915) des Pflegers [29]) unterworfen. Trotz der personellen Union unterliegt die betreffende Vermögensangelegenheit nur der pflegerschaftlichen Verwaltung des Gewalthabers, nicht seiner elterlichen Verwaltung als Ausfluß der elterlichen Gewalt.

Bestellt das Vormundschaftsgericht unter diesen Voraussetzungen einen Pfleger oder einen Verwaltungsbeistand, so ist, soweit sich die Befugnis des Pflegers oder Beistandes erstreckt, die elterliche Verwaltung am Kindesvermögen ausgeschlossen.

III.

Der Gewalthaber kann das Kind mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ermächtigen, selbständig ein Erwerbs-

---

[25]) Siehe unten § 24.

[26]) Siehe unten § 25 I.

[27]) WarnKom § 1909 Anm. I; Fuchs § 1909 Anm. 1 c α; Habicht, Gruch 42, 434; OLG. 24, 33; 33, 376.

[28]) v. Blume, § 1909 Anm. II 1 h; WarnKom § 1909 Anm. I; Staudinger § 1909 Anm. 2 c; RGR Kom § 1909 Anm. 1; Bayr. OLG. 13, 584 ff.

[29]) Staudinger § 1628 Anm. 3; Goldmann § 40 Anm. 8; KGJ. 20, 221.

geschäft zu betreiben. Hierdurch erlangt das Kind für den Kreis der mit dem Erwerbsgeschäft zusammenhängenden Rechtsgeschäfte eine Art begrenzter voller Geschäftsfähigkeit — ähnlich wie die Ehefrau im Falle des § 1405 BGB. durch die Einwilligung des Ehemanns zum Betriebe eines Erwerbsgeschäfts für den Geschäftsbereich verselbständigt wird [30]).

Die begrenzte volle Geschäftsfähigkeit des Kindes umfaßt alle die Geschäfte, die zur Erhaltung und zum Ausbau des planmäßigen, auf dauernde Einnahmen hinzielenden Betriebes dienen. Das sind auch die nur unmittelbar mit dem Erwerbsgeschäft zusammenhängenden Rechtsgeschäfte, wenn sie nur nach der Verkehrsanschauung [31]) als zum Geschäftsbetrieb gehörig angesehen werden. Daher kann das Kind, wie Oertmann [32]) zutreffend ausführt, beispielsweise auf einer Geschäftsreise die zu seinem Lebensunterhalt (Speise und Logis) erforderlichen Geschäfte vornehmen, obwohl sie nur mittelbar zum Geschäftsbetrieb gehören. Da die objektive Verkehrsanschauung entscheidend ist, kommt es nicht auf die Absicht des Kindes an. Wenn deshalb das Kind als Leiter seines Kolonialwarengeschäfts sich ein Personenautomobil anschafft, so wird dieses Geschäft trotz der entgegenstehenden Absicht des Kindes verkehrsmäßig in der Regel nicht als in den Geschäftskreis fallend angesehen werden dürfen.

Da das Kind durch die vormundschaftsgerichtlich genehmigte Ermächtigung volle Geschäftsfähigkeit im Rahmen der mit dem Geschäftsbetriebe verbundenen Geschäfte erlangt, so ist neben dieser vollen Geschäftsfähigkeit kein Raum mehr für die elterliche Fürsorge für dieses Vermögen, denn diese ist nur denkbar und gerechtfertigt, wo eine beschränkte Geschäftsfähigkeit oder eine Geschäftsunfähigkeit des Kindes vorliegt. Deshalb ist die elterliche Vermögensverwaltung ausgeschlossen [33]). Dieses Ergebnis der juristischen Konstruktion deckt sich mit dem praktischen Bedürfnis des Verkehrs. Denn dieser würde einer bedenklichen Rechtsunsicherheit ausgesetzt sein, wenn Gewalthaber und Kind nebeneinander und unabhängig voneinander rechtsverbindlich zu handeln vermöchten.

---

[30]) A. Schmidt § 1405 Anm. 3.
[31]) RGR Kom § 112 Anm. 1.
[32]) Oertmann § 112 Anm. 5 β.
[33]) Enneccerus I, 1 § 143 III 3c; Planck § 112 Anm. 1; Oertmann § 112 Anm. 5b; RGR-Kom. § 112 Anm. 1; Staudinger § 112 Anm. 5; WarnKom § 112 Anm. III; A. A.: Crome I, § 83 II.

§ 3.

Die Verwaltung bei Kindern aus nichtigen und geschiedenen Ehen.

Die sogenannte elterliche Gewalt des BGB. ist nicht, wie in älteren Rechten, eine väterliche Gewalt; sie ist auch nicht, wie in Mutterrechts-Systemen, eine mütterliche Gewalt. Vielmehr erhebt das BGB. beide Eltern gemeinsam zu Trägern des elterlichen Gewaltrechts. Dieser Grundgedanke erleidet aber in seiner praktischen Auswirkung eine erhebliche Einschränkung dadurch, daß zwar das Gewaltrecht beiden zusteht, die Ausübung des Rechts aber dem Vater allein [34]) obliegt, solange er nicht behindert ist oder seine elterliche Gewalt nicht ruht. Erst wenn diese Umstände eintreten, übt die Mutter die elterliche Gewalt an Stelle des Vaters aus [35]).

Die elterliche Gewalt besteht allein an ehelichen Kindern. Daher unterliegt nur ihr Vermögen der elterlichen Verwaltung. Das Vermögen unehelicher Kinder wird nicht von der Mutter kraft einer etwa denkbaren mütterlichen Gewalt, sondern vom Vormunde verwaltet. Die Mutter kann zum Vormund bestellt werden.

I.

Da Kinder aus absolut nichtigen Ehen (Nicht-Ehen) unehelich sind, unterliegen sie als solche keiner elterlichen Gewalt. Das gleiche gilt im Prinzip für Kinder aus relativ nichtigen Ehen (Scheinehen). Aber aus Gründen der Billigkeit hat das Gesetz eine Reihe von Ausnahmen zugelassen und die Kinder aus Scheinehen den ehelichen Kindern gleichgestellt.

Eine Nichtehe liegt vor, wenn die Ehe nicht in der durch § 1317 BGB. bestimmten Form vor einem bereiten Standesbeamten geschlossen und nicht in das Heiratsregister eingetragen worden ist. Die Kinder aus einer solchen Ehe sind schlechthin unehelich; an ihnen kann daher in keiner Form eine elterliche Gewalt bestehen. Die Unehelichkeit und damit das Fehlen der elterlichen Gewalt, insbesondere der Vermögensverwaltung, vermag jederzeit jedermann ohne jede Einschränkung geltend zu machen.

Eine Scheinehe ist gegeben, wenn sie trotz eines Formmangels in das Heiratsregister eingetragen worden ist, oder wenn

---

[34]) Außer der Personenfürsorge, an deren Ausübung die Mutter gemäß § 1634 BGB beteiligt ist.

[35]) Über die geringe Beteiligung der Mütter an der Ausübung der elterlichen Gewalt: Munk JW 1925, S. 309, 310. Ebenso die Schrift dieser Verfasserin: Vorschläge zur Umstellung des Rechts der Ehescheidung und der elterlichen Gewalt, Berlin, 1923.

ihrer Eingehung ein Ehehindernis nach den §§ 1325—1328 BGB. entgegengestanden hat oder ein Anfechtungsgrund nach § 1331 BGB. vorliegt. Das aus einer Scheinehe stammende Kind ist in Wahrheit zwar nicht ehelich, gilt aber grundsätzlich als ehelich. Die gesetzlichen Folgen sind verschieden, je nachdem ob beide Eltern die Nichtigkeit bei der Eheschließung nicht gekannt haben oder ob sie der Vater oder die Mutter oder beide gekannt haben.

Wenn beide Eltern bei der Eingehung der Ehe von der Nichtigkeit nichts gewußt haben, so gilt das Kind als ehelich. Die Folge hiervon ist, daß die Eltern Inhaber der elterlichen Gewalt und damit Träger der Vermögensverwaltung sind, § 1700 BGB. Ist der Vater bösgläubig gewesen, so steht der Mutter allein die Vermögensverwaltung zu; umgekehrt ist der Vater alleiniger Inhaber des Vermögensverwaltungsrechts, wenn die Mutter bösgläubig gewesen ist. Das Recht der Vermögensfürsorge steht den Eltern nicht zu, wenn beide bösgläubig waren. Ihre Ehe steht danach in dieser Hinsicht einer Nichtehe vollständig gleich; allerdings kann die Nichtigkeit einer solchen Scheinehe und damit das Fehlen der elterlichen Gewalt nicht jederzeit geltend gemacht werden, sondern erst, wenn die Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt ist. In allen diesen Fällen aber gilt ein Ehegatte nicht als bösgläubig, wenn er widerrechtlich durch Drohung zur Eingehung der Ehe bestimmt worden ist, §§ 1704, 1335 BGB.

Das Recht der Vermögensverwaltung dieser gutgläubigen Personen folgt den Grundsätzen, die für die Gewaltinhaber aus gültiger Ehe gelten.

II.

Die Scheidung einer Ehe hat auf die elterliche Vermögensverwaltung keinen unmittelbaren Einfluß [36]) [37]). Die Sorge für das Vermögen des Kindes einschließlich der gesetzlichen Vertretung in den Vermögensangelegenheiten verbleibt dem Gewalthaber, der sie bisher inne gehabt und ausgeübt hat. Es macht dabei keinen Unterschied, wer von den Ehegatten oder ob beide Ehegatten für schuldig erklärt worden sind.

---

[36]) Dagegen wird das Personensorgerecht durch die Scheidung berührt, § 1635 BGB.

[37]) Staudinger § 1635 Anm. 3 a; WarnKom § 1635 Anm. II.

Zweiter Teil.

Die Beschränkungen der elterlichen Vermögensverwaltung.

§ 4.

Übersicht.

Die Schranken, die dem elterlichen Verwaltungsrecht gezogen sind, beruhen entweder auf dem Gesetz oder auf den Anordnungen dritter Personen.

Die gesetzlichen Schranken stellen entweder unbedingte gesetzliche Beschränkungen dar, die schlechthin bestehen und wirken, oder sie sind bedingte gesetzliche Beschränkungen, und zwar (gewissermaßen auflösend) bedingt durch das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Während die unbedingten Schranken entweder verbieten: „Du darfst das nicht tun!“ oder gebieten: „Du mußt das tun!“, enthalten die bedingten Schranken den Satz: „Du darfst das nicht tun, es sei denn, daß es das Vormundschaftsgericht genehmigt!“.

Eine besondere Stellung nimmt die durch einen Beistand beschränkte Vermögensverwaltung der Mutter ein. Durch die Beistandschaft wird die Machtbefugnis eingeschränkt wie die eines Vormundes, dem ein Gegenvorwand gegenübersteht. Zu einer Reihe von Rechtsgeschäften, die der Gewalthaber uneingeschränkt vornehmen dürfte, bedarf sie der Zustimmung des Beistands. Diese weiteren Schranken gleichen den soeben behandelten gesetzlichen, durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts auflösend bedingten Beschränkungen.

Im Gegensatz zu diesen gesetzlichen Beschränkungen stehen die Beschränkungen, die dritte Personen bei Zuwendung unter Lebenden oder von Todes wegen anordnen können.

1. Abschnitt.

Unmittelbare gesetzliche Beschränkungen.

§ 5.

Das Schenkungsverbot.

Die elterliche Vermögensverwaltung erfährt durch das Schenkungsverbot des § 1641 BGB. eine erhebliche Einschränkung: Der Vater kann in Vertretung des Kindes keine Schenkungen vornehmen [38]). Diese Beschränkung der Verwaltungsbefugnis ist verständlich und billig. Denn die Aufgabe des Gewalthaber ist es, das Vermögen seines Kindes zu erhalten und zu mehren, nicht aber, andere Personen auf Kosten des Kindesvermögens zu bereichern.

Das Schenkungsverbot umfaßt nur Schenkungen im engeren Sinne der §§ 516 ff. BGB. [39]). So fällt die bloße Erfüllung eines wirksamen Schenkungsversprechens nicht unter das Verbot [40]). Ferner sind alle anderen Liberalitätsakte, die keine Zuwendung an einen Dritten enthalten, wie der Verzicht oder die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, keine nach § 1641 BGB. verbotenen Schenkungen, § 517 BGB. [41]). Auch der Widerruf einer Schenkung durch den Gewalthaber ist stets zulässig [42]), denn dadurch wird das Kindesvermögen nicht vermindert, sondern erfährt einen Zuwachs. Das Schenkungsverbot untersagt dem Gewalthaber nicht nur, daß er selbst als gesetzlicher Vertreter des Kindes schenkt, sondern es entzieht ihm auch das Recht, in Schenkungen des Kindes zu willigen oder sie zu genehmigen.

Wenn das Kind selbst eine Schenkung vorgenommen hat, so ist das Geschäft unwirksam [43]). Der Gewalthaber vermag weder vorher einzuwilligen, noch ist er imstande, eine unwirksame Schenkung des Kindes nachträglich zu genehmigen. Denn wenn § 1641 BGB. dem Vater die Schenkungsbefugnis entzieht, so wird ihm damit auch das geringere Recht genommen, Schenkungen des Kindes durch Einwilligung oder Genehmigung wirksam zuzustimmen [44]).

---

[38]) Das gleiche Verbot erläßt § 1804 BGB. in wörtlicher Übereinstimmung an den Vormund.

[39]) Darunter fällt nach § 518 BGB. auch das Schenkungsversprechen, Fuchs § 1804 Anm. 2.

[40]) Staudinger § 1804 Anm. 1.

[41]) Fuchs § 1804 Anm. 2; Staudinger § 1804 Anm. 1; RGZ 33, 210 ff; Recht 1901, 207, Nr. 678.

[42]) Staudinger § 1446 Anm. 2e; Planck § 1804 Anm. 2, § 1446 Anm. 1.

[43]) § 111 BGB.

[44]) Goldmann § 41 Anm. 5; Fuchs § 1804 Anm. 1; Planck § 1804 Anm. 1.

Das Verbot des § 1641 BGB. umfaßt nur solche Schenkungen, die vom Gewalthaber aus dem Stamm-Vermögen in Vertretung des Kindes vorgenommen werden; dagegen kann der Vater über die Nutzungen aus dem Kindesvermögen, die ihm nach den §§ 1649 ff. BGB. zustehen, nach freiem Ermessen wirksam im eigenen Namen verfügen [45]).

Der Wortlaut des § 1641 BGB. „kann nicht ...“ ergibt nach der allgemeinen Terminologie des BGB., daß die entgegen dieser Bestimmung vorgenommenen Schenkungen gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen und deshalb nach § 134 BGB. nichtig sind [46]) [47]). Aus der Nichtigkeit einer solchen Schenkung ist zu folgern, daß ein Kind, wenn es volljährig ist, nicht genehmigen kann. Es müßte jetzt selbst die Schenkung erneut vornehmen [47]).

Der Schenkungsempfänger erlangt an den entgegen § 1641 BGB. schenkungsweise zugewendeten Sachen kein Eigentum und zwar auch dann nicht, wenn er gutgläubig annimmt, die Schenkung falle nicht unter das Verbot des § 1641 BGB. Denn das BGB. schützt in den §§ 932 ff. nicht den guten Glauben an das Vorhandensein der Vertretungsbefugnis des Vaters. Daher kann das Kind eine gesetzwidrige Schenkung kondizieren oder vindizieren [48]). Anders liegt es, wenn der Vater nicht als Vertreter des Kindes auftritt, sondern die Gegenstände als eigene Sachen ausgibt und in eigenem Namen einem Dritten zuwendet; dann handelt es sich um eine gewöhnliche Verfügung eines Nichtberechtigten; daher wird der gute Glaube des Empfängers an das angebliche Eigentum des Vaters nach den allgemeinen Vorschriften über den Erwerb von Nichtberechtigten geschützt [49]), § 932 BGB. Jedoch ist der Schenkungsempfänger nach § 816 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet, das unentgeltlich Erlangte als ungerechtfertigte Bereicherung wieder zurückzugeben.

Das gesetzliche Schenkungsverbot greift dann nicht durch, wenn mit der Schenkung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird [50]). Solche Schenkungen liegen nicht außerhalb des Zwecks der Vermögensverwaltung; sie dienen häufig dem eigenen Interesse des Kindes [51]), das sonst mit den sozialen Anschauungen der Volksgenossen in Konflikt geraten könnte.

---

[45]) Planck § 1641 Anm. 4.
[46]) Goldmann § 41 Anm. 7.
[47]) Kipp § 80 II 1.
[48]) Planck § 1641 Anm. 4.
[49]) WarnKom § 1641; Planck § 1804 Anm. 5; Fuchs § 1804 Anm. 3.
[50]) Die Pflicht- und Anstandsschenkung kennt das BGB außerdem in den §§ 534, 814, 1446, 2, 1804, 2; 2113, 2, S. 2; 2205, S. 3; 2207, S. 2 und 2330.
[51]) Mot. IV, 1106.

Das Gesetz unterscheidet Pflicht- und Anstandsgeschenke. Mansfeld[52]) führt aus, die Notwendigkeit einer Pflichtschenkung beurteile sich nach der Überzeugung des ganzen Volkes, während es bei einer Anstandspflicht auf die Empfindung der sozial Gleichgestellten „und der Standesgenossen" ankomme. Eine solche Gegenüberstellung trifft zweifellos nicht den Kern der Sache. Denn es gibt offensichtlich eine große Zahl von reinen Anstandsgeschenken, die von arm und reich, hoch und niedrig in gleicher Weise für erforderlich angesehen werden. Die Hingabe von Geburtstags- und Hochzeitsgeschenken beispielsweise ist eine Gepflogenheit, die das ganze Volk über die Grenzen einzelner Stände und Schichten hinaus übt und für geboten hält. Daher ist die Definition Mansfelds, dem das Wort „Anstand" offenbar das Stichwort zu „Standesgenossen" gegeben hat, nicht zu halten.

Zutreffend nimmt Opet[53]) im Gegensatz dazu an, daß derjenige, der eine durch das Sittengesetz gebotene Pflichtschenkung unterläßt, als Verletzer der Moral erscheint. Wer jedoch eine Anstandsschenkung nicht vornimmt, die nur durch die Sitte geboten ist, setzt sich lediglich in Gegensatz zu gesellschaftlichen Auffassungen. Eine Pflichtschenkung wird durch das sittliche Pflichtbewußtsein geboten, das im Gewissen jedes einzelnen wurzelt; die Anstandsschenkung beruht auf dem äußeren Zwange eines allgemeinen Brauchs, der die Gesellschaft beherrscht. Die Pflichtschenkung ist ein Gebot innerer Sittlichkeit, die Anstandsschenkung dagegen ist ein Gebot äußerer Sitte. Pflichtschenkungen liegen vor bei Zuwendungen an verarmte nahe Angehörige, wie etwa Geschwister, die keinen gesetzlichen Unterhaltungsanspruch besitzen. Anstandsschenkungen sind Gelegenheitsgeschenke und Trinkgelder[54]).

Die Frage, ob eine zulässige Pflicht- oder Anstandsschenkung vorliegt, kann nicht mit Hilfe einer allgemeinen Regel bestimmt werden. Vielmehr müssen die konkreten Umstände des einzelnen Falls geprüft und vor allem die gegenseitigen Vermögensverhältnisse der Beteiligten sowie ihre eventuellen persönlichen oder gesellschaftlichen Beziehungen[55]) berücksichtigt werden, um festzustellen, ob ein Pflicht- oder Anstandsgrund zur Hingabe des Geschenks gegeben ist[56]). Eine allgemeine Pflicht zur Wohltätigkeit, auf Grund eines allgemeinen sittlichen Prinzips der

---

[52]) RGR Kom § 534 Anm. 2.

[53]) Opet § 1446 Anm. 3.

[54]) Staudinger § 534 Anm. 2; § 1446 Anm. 3; § 1804 Anm. 2. Eichhorn DJZ 1903, S. 434. Süßheim JW. 1901, S. 743 ff; JW. 1916, S. 119.

[55]) Hess Rspr. 1911, 14.

[56]) RGZ 70, 19, 385; Enneccerus I 2, § 346 Anm. 3. (Die Entscheidung des RG. bezieht sich auf die entsprechende Bestimmung des § 56, 2 Reichserbschaftssteuergesetz vom 3. April 1906.)

Nächstenliebe gerechtfertigt, stellt keine hinreichende Begründung für eine Pflichtschenkung dar; vielmehr liegt § 1641 S. 2 BGB. erst vor, wenn besondere Tatsachen hinzutreten, die eine Schenkung gerade im vorliegenden Falle als ein Gebot der Sittlichkeit oder der Sitte erscheinen lassen.

§ 6.

Das Gebot mündelsicherer Anlage von Bargeld.

In ähnlicher Weise wie der ehemännlichen Verwaltung des eingebrachten Gutes der Ehefrau durch das genau spezialisierte Geldanlegungsgebot des § 1377, 2 BGB. Schranken gesetzt werden [57]), erhält die Vermögensverwaltung des Gewalthabers eine entsprechende Beschränkung durch die Vorschrift des § 1642, 1 BGB.

Die Anlagepflicht des Gewalthabers erstreckt sich nur auf b a r e s Geld des Kindes. Dem Bargeld dürfen nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht Forderungen gleichgestellt werden, die auf Zahlung von Geld gehen, mögen sie auch noch so leicht und sicher realisierbar sein. Tägliches Geld bei einer zuverlässigen Bank mag zwar wirtschaftlich soviel wie Bargeld sein; im juristischen Sinn ist es kein Bargeld. Wohl aber kann nach Lage der Umstände für den Gewalthaber die Verwaltungspflicht [58]) bestehen, solche Kapitalforderungen einzuziehen. Das eingezogene Bargeld unterliegt alsdann den Vorschriften über die mündelsichere Anlage.

Nicht alles Bargeld aus dem Vermögen des Kindes ist mündelsicher anzulegen. Zunächst scheidet das Geld aus, das nicht zum Vermögensstamm [59]) des Kindes gehört, sondern Vermögensnutzung [60]) ist. Denn die Nutzungen fallen in das Eigentum des Gewalthabers und unterliegen deshalb seiner freien, uneingeschränkten Verfügungsmacht [61]). Jedoch auch nicht alles Bargeld, das zum Vermögensstamm des Kindes zu rechnen ist, muß mündelsicher angelegt werden. Das Gesetz unterscheidet hier zwei Arten von Bargeld: solches, das zur Bestreitung von Verwaltungsausgaben bereitzuhalten ist, und solches, das angelegt werden soll.

Das b e r e i t z u h a l t e n d e Geld unterliegt nur der a l l g e m e i n e n Verwaltungspflicht des Gewalthabers und untersteht nicht den besonderen Anlegungsvorschriften. Den Umfang des bereitzuhaltenden Geldes und die Art seiner vorläufigen Auf-

---

[57]) RGR Kom § 1377 Anm. 5.
[58]) OLG 34, 250.
[59]) A. S c h m i d t § 1377 Anm. 2 α.
[60]) v. B l u m e § 1642 Anm. 2 b; G o l d m a n n § 41 Anm. 20.
[61]) Vgl. oben § 5.

bewahrung hat der Gewalthaber nach freier Wahl [62]) und freiem Ermessen unter Beobachtung der Sorgfaltspflicht des § 1664 BGB. zu bestimmen. Er kann das Geld je nach Lage des einzelnen Falles bar aufbewahren oder auf die Bank bringen oder in sonstiger Weise anlegen.

Nach den vorstehenden Ausscheidungen bleibt das Bargeld aus dem Vermögensstamm übrig, das nicht bereit zu halten ist. Aber auch dieses Bargeld muß nicht zwingend und unbedingt angelegt werden. Der Gewalthaber kann es selbstverständlich dazu verwenden, um für das Kind ein Grundstück anzukaufen oder um einer Gesellschaft beizutreten oder um irgend welche anderen Geschäfte vorzunehmen [63]), die er nach pflichtgemäßer Prüfung vertreten zu können glaubt. Bei der Vornahme solcher Geschäfte unterliegt der Gewalthaber den etwaigen Beschränkungen der §§ 1643, 1821, 1822 BGB.

Das Gebot der mündelsicheren Anlage greift nur dann durch, wenn der Gewalthaber das Geld „zurücklegen" will. In diesem Fall darf er das Geld weder unbenutzt bar liegen lassen, noch darf er es leichtfertig und rein spekulativ anlegen. Vielmehr hat er die Anlegung unter Berücksichtigung der Sondervorschriften der §§ (1807/8) BGB. vorzunehmen. In gleicher Weise muß der Ehemann Bargeld anlegen, das zum eingebrachten Gut der Ehefrau gehört.

Das anzulegende Bargeld kann von vornherein im Kindesvermögen vorhanden gewesen sein, es kann aber auch im Laufe der Verwaltung hinzugetreten sein [64]), sei es durch Einziehung von Geldforderungen, die von Anfang an zum Vermögen gehört haben, sei es infolge späterer Zuwendungen. Ohne Unterschied ist alles dieses Bargeld gesetzesgemäß anzulegen. Darüber hinaus hat der Gewalthaber zu prüfen, ob Geld, das er in angelegter Form bei Übernahme der Verwaltung vorgefunden oder das später bereits angelegt zum Kindesvermögen hinzugekommen ist, den gesetzlichen Anlegungsvorschriften entspricht, ob insbesondere die Anlage nicht die Eigenschaft der Mündelsicherheit inzwischen verloren hat. Ist die Anlage nicht oder nicht mehr mündelsicher, so hat der Gewalthaber unter Berücksichtigung der einzelnen Umstände des Falls zu ermessen, ob die Anlage in eine mündelsichere umzuwandeln ist [65]). Dies wird regelmäßig erforderlich sein, wenn

---

[62]) Goldmann § 41 Anm. 18; A. Schmidt § 1377 Anm. 2c $\beta\alpha\alpha$; v. Blume § 1642 Anm. 2c; Staudinger § 1642 Anm. 2a.

[63]) Planck § 1642 Anm. 7; RGR Kom § 1806 Anm. 1; Warn Kom § 1642; Goldmann § 41 III, 1; Staudinger § 1642 Anm. 5; v. Blume § 1642 Anm. 1; ZBl FG 15, 87; Recht 1906, 675; A. A.: offenbar Fohr, Ziv. A. 92, 381; Kipp, § 80 Anm. 58.

[64]) A. Schmidt § 1377 Anm. 2 β.

[65]) Vgl. Mot. IV, 1116; Goldmann § 41 Anm. 20; Planck § 1806 Anm. 1.

nicht die Kosten und ein etwaiger Kursverlust bei der Umwandlung einen noch schwereren Schaden bedeuten würden als die Unsicherheit der bestehenden Anlage. Eine Pflicht zur Umwandlung spricht das Gesetz nicht aus. Damit bleibt die Prüfung und Durchführung gemäß § 1664 BGB. dem pflichtgemäßen Ermessen des Gewalthaber überlassen [66]). Die Anlagepflicht gemäß § 1642 BGB. besteht für den Gewalthaber nicht nur dann, wenn das Kind Alleininhaber des Bargeldes ist, sondern auch, wenn es gemeinsam mit dem Gewalthaber Miteigentum zur gesamten Hand hat. Daher muß der Gewalthaber, der sich mit dem Kinde in Erbengemeinschaft befindet, das Bargeld mündelsicher anlegen und zwar alles Bargeld, nicht nur eine Quote [67]); denn das Kind als Miterbe ist nicht Eigentümer einer Quote, sondern hat einen Anteil am ganzen Bargeld [68]). Befindet sich das Kind mit Dritten in Erbengemeinschaft, so hat der Gewalthaber bei der Abstimmung gemäß §§ 2038, 745 BGB. für die mündelsichere Anlage des gesamten Bargeldes zu stimmen. Gegebenenfalls hat er die Erbauseinandersetzung zu betreiben, um nach der erfolgten Auseinandersetzung die mündelsichere Anlegung des dem Kinde zugefallenen Teils vornehmen zu können.

Der Gewalthaber kann von seiner Pflicht, das Bargeld des Kindes mündelsicher anzulegen, von dritter Seite [69]) grundsätzlich nicht befreit werden. Das Gesetz läßt in § 1639 BGB. nur die eine Ausnahme zu, daß dem Kinde von dem Erblasser durch letztwillige Verfügung oder von einem Dritten Bargeld unentgeltlich zugewendet wird und dabei eine vom Gesetz abweichende Art der Anlegung angeordnet wird [70]).

Ein weiterer Fall, welcher dem Gewalthaber eine Abweichung von den Anlegungsvorschriften gestattet, ist die Erlaubnis des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1642 Abs. 2 BGB. Während früher diese Erlaubnis nur im einzelnen Falle aus besonderen Gründen erteilt werden konnte [71]), ist sie seit dem Reichsgesetz über die Anlegung von Mündelgeld vom 23. Juli 1923 [72]) grundsätzlich zu erteilen, es sei denn, daß die beabsichtigte Art der Anlegung den

---

[66]) v. Blume § 1642 Anm. 2; Staudinger § 1642 Anm. 3; RGR Kom § 1642 Anm. 1.

[67]) Planck § 1642 Anm. 1; Goldmann § 41 Anm. 20; Staudinger § 1642 Anm. 1 c; Warn Kom § 1642; OLG. 4, 359; KGJ. 23, 180. — A. A.: Kipp § 80 Anm. 57; v. Blume § 1642 Anm. 2 b; offenbar auch RGR Kom §§ 1842, 1806 Anm. 1.

[68]) Will der Gewalthaber nicht das ganze Bargeld anlegen, so mag er die Auseinandersetzung betreiben: OLG. 4, 359.

[69]) Staudinger § 1642 Anm. 2 α; KGJ. 24, 8 ff.

[70]) Vgl. unten § 15.

[71]) KGJ 7, 35; Bayr. OLG. 22, 104; 23, 70; OLG. 30, 79.

[72]) RGBl. 1923 I, S. 411. Das Gesetz ändert in Art. II den § 1642, 2, BGB. in Art. I den entsprechenden § 1811 S. 2 BGB.

Grundsätzen einer geordneten Vermögensverwaltung widerspricht. Die Einräumung dieser weitgehenden Befugnis an das Vormundschaftsgericht ist dadurch nötig geworden, daß die Rechtsprechung während der Inflationszeit die bisherige Bestimmung der §§ 1642, 2 und 1811 BGB. sehr eng interpretierte [73]) und die Entwertung des deutschen Geldes nicht unter die „besonderen Gründe", die eine von der gesetzlichn Regel abweichende Anlegung gestatten, einreihte. Daher konnten Gewalthaber und Vormünder Bargeld beispielsweise nicht in ausländischen Werten anlegen, um dadurch das Kindesvermögen in seinem Wertbestand zu erhalten. Nach der Wiederherstellung einer festen Valuta ist eine so weitgehende Befugnis, wie sie das Reichsgesetz vom 23. Juli 1923 dem Vormundschaftsgericht engeräumt hat, nicht mehr erforderlich. Das Vormundschaftsgericht wird trotz Erweiterung seines Machtbereichs stets eingehend zu prüfen haben, ob sich die beabsichtigte Anlegung als ordentliche Vermögensverwaltung [74]), insbesondere hinsichtlich der Sicherheit der beabsichtigten Anlage ansehen läßt.

Eine besondere Art abweichender Verwendung von Bargeld regelt § 1653 BGB. Hiernach kann das Vormundschaftsgericht dem Gewalthaber gestatten, Bargeld des Kindes für sich zu veräußern oder zu verbrauchen. Diese Vorschrift reicht über die Befugnis hinaus [75]), die § 1377, 3 BGB. dem Ehemann einräumt. Denn dieser darf nur über verbrauchbare Sachen des eingebrachten Guts, jedoch gerade mit Ausnahme von Geld verfügen.

Diese Beschränkung durch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung trifft den Gewalthaber nur, wenn er beispielsweise mit dem Geld eigene Schulden bezahlen oder im eigenen Namen Dritten ein Darlehen geben will. Tut er das gleiche dagegen für das Kind, so bedarf er der Genehmigung aus § 1653 BGB. nicht, wohl aber aus etwaigen anderen Bestimmungen des Gesetzes.

Das Gericht kann mit der Genehmigung Bedingungen und Beschränkungen verbinden; es kann insbesondere die Genehmigung von der Leistung einer Sicherheit abhängig machen. Dies geschieht nach freiem Ermessen, ohne Rücksicht auf § 1667 BGB. [76]). Das Verlangen einer Sicherheit ist also nicht an besondere gesetzliche Voraussetzungen geknüpft wie etwa gemäß § 1391 BGB. gegenüber einem Ehemann, der verbrauchbare Sachen aus dem eingebrachten Gut der Ehefrau für sich verbraucht hat. Insofern ist die Stellung des Gewalthabers beschränkter als die des Ehemanns.

---

[73]) Vgl. Engelmann, JW 1923, 1021 ff; Erlanger, DJZ 1922, 55 ff; Kipp, Gruch 66, 497 ff.

[74]) JW 1928, 1815 (2).

[75]) v. Blume § 1653 Anm. 1; Staudinger § 1653 Anm. 1.

[76]) Mot IV, 780; WarnKom § 1653; RGRKom § 1653 Anm. 2; Planck § 1653 Anm. 2; Recht 1901, 436; Bayr. OLG. 5, S. 622, 624.

Hat der Gewalthaber von der Befugnis des Vormundschafts-gerichts Gebrauch gemacht, so ist er verpflichtet, den Wert des Geldes zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt als gesetzliche Folge der Beendigung der Nutznießung ein, daher ist zur Herbeiführung der Fälligkeit nicht erst eine Aufforderung des Kindes oder des Vormundschaftsgerichts erforderlich [77]). Der Wert des Geldes ist nach dem Zeitpunkt zu berechnen, zu welchem es verbraucht worden ist [78]).

Entsprechend der in § 1377, 3 BGB. gegebenen Vorschrift für den Ehemann ordnet § 1653 BGB. an, daß der Ersatz bereits vorher zu leisten ist, wenn das Geld zur Führung einer ordentlichen Verwaltung des Kindesvermögens gebraucht wird. Das ist der Fall, wenn das Geld zu Reparaturen auf einem Grundstück des Kindes oder zur Auffüllung von fehlendem Betriebskapital in einer Fabrik [79]) des Kindes erforderlich wird. Endlich ist der Gewalthaber — ähnlich wie der Ehemann nach § 1411 BGB. — den Gläubigern des Kindes gegenüber zum sofortigen Ersatz des verbrauchten Geldes verpflichtet, § 1659, 2 BGB. Allerdings enthält § 1659, 2 BGB. keine unmittelbare Haftung gegenüber den Gläubigern. Diese können nur gegen den Gewalthaber vorgehen, wenn ihnen der Ersatzanspruch des Kindes abgetreten oder ihnen auf Grund einer Pfändung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überwiesen ist [80]). Im Grunde genommen stellt § 1659, 2 BGB. nur einen Sonderfall des in § 1653 BGB. bereits ausgesprochenen Grundgedankens dar, nach welchem die Fälligkeit schon vor der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung eintritt, wenn es die ordentliche Verwaltung erforderlich macht.

Handelt der Gewalthaber den Anlegungsvorschriften zuwider, indem er das Bargeld des Kindes, das der Anlegung unterliegt, nicht oder nicht vorschriftsmäßig anlegt, so hat dies zweierlei Rechtsfolgen:

a) Das Vormundschaftsgericht hat gegen den Gewalthaber gemäß § 1667 BGB. einzuschreiten und zweckentsprechende Anordnungen zu treffen [81]). Das Gesetz selbst empfiehlt in Abs. 2 im einzelnen eine Reihe geeigneter Maßnahmen, ohne damit erschöpfend sein zu wollen. Äußerstenfalls ist das Vormundschaftsgericht berechtigt, dem Gewalthaber, der den getroffenen Anordnungen nicht Folge leistet, nach § 1670 BGB. die Vermögensver-

---

[77]) A. Schmidt § 1377 Anm. 3b; Staudinger § 1653 Anm. 2d.

[78]) Prot. IV, 192; A. Schmidt § 1377 Anm. 3d; Planck § 1653 Anm. 2; Goldmann § 42 Anm. 24.

[79]) A. Schmidt § 1377 Anm. 3c α.

[80]) Staudinger § 1659 Anm. 2; Goldmann § 42 Anm. 26; Planck § 1411 Anm. 7.

[81]) Planck § 1642 Anm. 6; Staudinger § 1642 Anm. 4; v. Blume § 1642 Anm. 5; Fohr, Ziv.A. 92, 381.

waltung zu entziehen [82]). Ein Verschulden des Gewalthabers ist tatbestandsmäßig nicht erforderlich, da es sich nicht um Straf-, sondern um reine Zwangsmaßnahmen handelt [83]). Die Frage des Verschuldens mag jedoch für die in das Ermessen des Gerichts gestellten Maßnahmen mittelbar von Einfluß sein. Das Gericht hat im übrigen auch die Möglichkeit, die Verwaltung nur teilweise, also beispielsweise nur die Verwaltung des Bargeldes, zu entziehen [84]).

b) Der Gewalthaber macht sich dem Kinde schadenersatzpflichtig, wenn er die Sorgfalt außer acht läßt, die er in eigenen Vermögensangelegenheiten anzuwenden pflegt, §§ 1664, 277 BGB. Diese Vorschrift entspricht der Haftung des Ehemanns in § 1359 BGB. Der Vormund haftet nach § 1833 hingegen für jedes Verschulden. Die Haftpflicht des Gewalthabers kann sowohl auf einer Verletzung seiner familienrechtlichen Pflichten als auch auf unerlaubter Handlung beruhen [85]).

Aus § 1843, 2 BGB. ist in analoger Anwendung auf die elterliche Gewalt zu entnehmen, daß das Kind Ersatzansprüche gegen den Gewalthaber schon während der Dauer [86]) der Verwaltung geltend machen kann. Hierzu ist dem Kinde gemäß § 1909 Abs. 1 S. 1 ein Pfleger zu bestellen [87]). Um jedoch dem Kinde keinen Nachteil entstehen zu lassen, wenn es den Anspruch erst nach Beendigung der elterlichen Gewalt erheben will, ist die Hemmung der Verjährung in § 204 BGB. bestimmt.

Die Art und Weise der Anlegung des Geldes bestimmen die §§ 1807 und 1808 BGB., auf die durch § 1642 BGB. verwiesen wird; in ähnlicher Weise bringt § 1377 diese Bestimmungen für den Ehemann zur Anwendung.

Der Gewalthaber hat in erster Linie die Pflicht, das Bargeld anzulegen in sicheren inländischen Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden, in verbrieften Forderungen gegen das Reich oder gegen die Länder, in Schuldbuchforderungen, in Forderungen, deren Verzinsung staatlich garantiert ist, in Wertpapieren oder verbuchten Forderungen gegen Kommunen oder deren Institute, endlich bei Sparkassen, wenn diese zur Anlage von Mündelgeld für geeignet erklärt sind. Subsidiär ist dem Gewalthaber gemäß § 1808

---

[82]) Recht 1923, Nr. 1355; ZBlFG 4, 632; BayrOLG 6, 623.

[83]) v. Blume § 1670 Anm. 2a; Warn. Kom. § 1670; Planck § 1670 Anm. 2; KGJ 33, 43.

[84]) RGR Kom § 1670 Anm. 1; Planck § 1670 Anm. 3.

[85]) Staudinger § 1664 Anm. 7; § 1833 Anm. 4b; RGR Kom § 1631 Anm. 3; Fuchs § 1664 Anm. 7; RGZ 50, 60; 75, 251; JW 1905, 21, (21); 1912; 190 (7); OLG 30, 68.

[86]) Planck § 1664 Anm. 2; § 1833 Anm. 8; WarnKom § 1664; Staudinger § 1664 Anm. 4.

[87]) RGR Kom § 1664 Anm. 1.

BGB. gestattet, das Geld bei Staatsbanken oder bei landesgesetzlich für geeignet erklärten inländischen Banken und Hinterlegungsstellen anzulegen, wenn besondere Umstände vorliegen. Dies wird beispielsweise dann der Fall sein, wenn das Geld nur für kürzere Zeit [88]) angelegt werden soll, ohne jedoch schon bereitzuhaltendes Geld im Sinne des § 1642 Abs. 1 BGB. zu sein. Denn dieses unterliegt überhaupt nicht den beschränkten Vorschriften der §§ 1807 und 1808 BGB.

§ 7.

Einschränkung durch Heirat der minderjährigen Tochter.

Die Wirkungen, die die Heirat einer minderjährigen Tochter auf die elterliche Gewalt ausübt, sind recht mannigfaltiger Natur:

Das elterliche Fürsorgerecht für die Person des Kindes erlischt während jedoch die gesetzliche Vertretung für die Personensorge dem Gewalthaber verbleibt. Ferner tritt die Beendigung des elterlichen Nutznießungsrechtes ein, es sei denn, daß sich die Tochter ohne elterliche Einwilligung verheiratet hat. Dagegen bleibt die elterliche Vermögensverwaltung einschließlich der gesetzlichen Vertretung grundsätzlich bestehen [89]): sie erfährt lediglich eine Einschränkung derart, daß das auf dem gesetzlichen oder einem vereinbarten Güterstande beruhende Verwaltungsrecht des Ehemanns am eingebrachten Gut der Frau dem elterlichen Verwaltungsrecht *vorgeht* und die Ausübung der elterlichen Vermögensverwaltung insoweit ausschließt. Danach behält der Gewalthaber die Verwaltung des Kindesvermögens bei der Gütertrennung vollständig, bei den anderen Güterständen hinsichtlich des Vorbehaltsguts der Frau. Im übrigen wird die elterliche Vermögenssorge durch das ehemännliche Verwaltungsrecht zurückgedrängt. Lediglich wenn der Ehemann der Zustimmung seiner Ehefrau zur Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte bedarf, hat der Gewalthaber diese Zustimmung statt des Kindes zu erteilen [90]). Veräußert beispielsweise ein Ehemann im gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung ein Grundstück aus dem eingebrachten Gut der Frau, so ist ihre Zustimmung nach § 1375 BGB. hierzu erforderlich. An ihrer Stelle hat der Gewalthaber zuzustimmen. Wäre das Kind nicht verheiratet und wollte der Gewalthaber veräußern, so würde er nach § 1821 Abs. 1 Z. 1 BGB. der Genehmigung

---

[88]) *Kipp*, Gruch, 66, 501.

[89]) RGR Kom § 1633 Anm. 1; *Staudinger* § 1633 Anm. 2; v. *Blume* § 1633 Anm. 4; WarnKom § 1633; *Planck* § 1633 Anm. 2; *Goldmann* § 38 Anm. 47.

[90]) *Planck* § 1633 Anm. 2; WarnKom § 1633; RGRKom § 1633 Anm. 1

des Vormundschaftsgerichts bedürfen; aber im vorligenden Fall darf der Gewalthaber der Verfügung des Ehemanns zustimmen, ohne daß er für seine Zustimmung noch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1821 Abs. 1 Z. 1 BGB. einzuholen brauchte. Denn hier verfügt nicht der Gewalthaber über das Kindesvermögen, auch nicht der Ehemann als Vertreter des Gewalthabers, sondern die Verfügung erfolgt durch den Ehemann kraft seines eigenen ehemännlichen Verwaltungsrechts [91]). Die bloße Zustimmung des Gewalthabers zu einer Verfügung des Ehemanns fällt aber nicht unter § 1821 BGB.

Das durch das Verwaltungsrecht des Ehemannes zurückgedrängte elterliche Verwaltungsrecht wird in vollem Umfange wiederhergestellt [92]), wenn die Ehe gelöst oder Gütertrennung vereinbart wird oder wenn bestimmte Vermögensgegenstände zum Vorbehaltsgut erklärt werden. Denn das elterliche Verwaltungsrecht [93]) ist durch die Heirat nicht beendet, sondern nur seine Ausübung in gewissem Umfang gehemmt worden.

2. Abschnitt.

Beschränkungen durch das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Mitwirkung.

§ 8.

Gesamtvermögensgeschäfte.

Die Verfügung über eine Vermögensgesamtheit ist ein Geschäft von größter wirtschaftlicher und sozialer Tragweite. Das Gesetz hat es daher nur in beschränktem Umfange und unter erschwerten Formerfordernissen zugelassen. Zulässig ist nur ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten. Ein solcher Vertrag muß notariell beurkundet sein, § 311 BGB. Dagegen ist die Verpflichtung zur Verfügung über künftiges Vermögen

[91]) RGR Kom § 1821 Anm. 3; KGJ 43, 63.

[92]) Planck § 1633 Anm. 4; Staudinger § 1633 Anm. 4; v. Blume § 1633 Anm. 5.

[93]) Die Nutznießung dagegen ist endgültig beendet und lebt nicht wieder auf.

nichtig, § 310 BGB. Zu diesen allgemeinen Beschränkungen fügt § 1822 Z. 1 BGB. für den Gewalthaber noch das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung hinzu.

Ein genehmigungspflichtiges Geschäft über ein Gesamtvermögen liegt dann vor, wenn gewissermaßen in Bausch und Bogen eine Verpflichtung zur Verfügung eingegangen wird. Gegenstand der Verpflichtung sind daher nicht die einzelnen selbständigen Sachen und Rechte als solche [94]), die das Vermögen bilden, sondern vielmehr alle Sachen und Rechte in ihrer Gesamtheit [95]). Der Verpflichtung zur Verfügung über eine Vermögensgesamtheit steht die Verpflichtung gleich, über einen Bruchteil an der Vermögensgesamtheit zu verfügen. Denn auch hier erstreckt sich die Verpflichtung nicht auf einzelne reale Gegenstände, sondern auf einen ideellen Bruchteil an der Gesamtheit. Eine Genehmigungspflicht besteht nicht, wenn es sich nicht um einen ideellen Anteil, sondern um einen konkreten Teil eines Vermögens handelt, sei es, daß ein Sondervermögen, beispielsweise ein zum Gesamtvermögen gehöriges Gesellschaftsvermögen [96]) vorliegt, sei es, daß lediglich einzelne unter einem Sammelbegriff zusammengefaßte Gegenstände betroffen sind, etwa eine Reihe von Büchern unter dem Titel Bibliothek [97]).

Aber allein das obligatorische Verpflichtungsgeschäft kann sich auf die Vermögensgesamtheit beziehen. Die dingliche Erfüllung des Verpflichtungsgeschäfts vermag dagegen nur in der Weise vorgenommen zu werden, daß jeder einzelne Gegenstand übertragen wird. Von diesem Grundsatz gibt es eine Ausnahme: Die Begründung oder die Aufhebung der allgemeinen Gütergemeinschaft ist eine Verfügung über ein Gesamtvermögen als Ganzes. Das Kind bedarf zu ihrer Vornahme hier lediglich der Zustimmung des Gewalthabers, nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, § 1437 Abs. 2 S. 1 BGB. [98]).

Eine Verpflichtung zur Verfügung über ein Gesamtvermögen liegt an sich nicht vor, wenn sich der Gewalthaber verpflichtet, über alle einzelnen, zum Kindesvermögen gehörigen Sachen und Rechte zu verfügen [99]). Ja, häufig wird sogar angenommen, daß ein Vertrag über ein Gesamtvermögen, der infolge Formfehlers oder mangels vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung nichtig ist, auf dem Wege über lauter Einzelverpflichtungen konvertiert und so als gültig angesehen werden kann. Aber diese Auffassungen unter-

[94]) RGZ 69, 420; 94, 315 f.
[95]) RGR Kom § 1822 Anm. 5.
[96]) Offene Handelsgesellschaft: JW 1910, 242 (30).
[97]) RGR-Kom § 311 Anm. 1.
[98]) Der Vormund braucht dagegen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.
[99]) RGR Kom § 311 Anm. 1.

liegen angesichts des gefährdeten gesetzgeberischen Zwecks doch erheblichen Bedenken. Haben die Parteien lauter Einzelverträge geschlossen, so werden sie oft dadurch dem Formerfordernis des § 311 BGB. oder der Einholung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts aus dem Wege gehen wollen. In solchen Fällen sind die Einzelverträge nach §§ 134 oder 138 BGB. nichtig [100]). Aber auch die Konversion eines unwirksamen scheinbaren Gesamtvermögensvertrages in Einzelverträge ist nur mit äußerster Vorsicht vorzunehmen, da sie sonst leicht in fraudem legis wirken wird.

Der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unterliegt die Verpflichtung zu Verfügungen jeder Art, seien es Veräußerungen, seien es Belastungen. Daher ragt § 1822 BGB. über § 311 BGB. hinaus. Dieser unterstellt nur die Belastung mit einem Nießbrauch der Formvorschrift, jener verlangt die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für alle Arten der Belastung, insbesondere auch den wichtigen Fall der Verpfändung des Vermögens. Jedoch muß es sich stets um Verfügungen im strengsten Sinn des Begriffs handeln. Wenn sich daher der Gewalthaber verpflichtet, nicht über das Kindesvermögen zu verfügen, so ist dieser Vertrag nicht genehmigungspflichtig. Denn das Nichtverfügen ist keine Verfügung. Das Nichtverfügen als solches enthält keine unmittelbare Einwirkung auf das rechtliche Können. Darum ist die Verpflichtung, nicht zu verfügen, keine Verpflichtung, die im Sinne des § 1822 BGB. auf eine Verfügung über das Vermögen gerichtet ist [101]).

§ 9.

Erbschaftsgeschäfte.

I.

Nach § 1821 Abs. 1 Z. 1 BGB. sind Rechtsgeschäfte, durch die sich das Kind zur Verfügung über eine angefallene Erbschaft, über einen künftigen gesetzlichen Erbteil, einen künftigen Pflichtteil sowie einen Anteil an einer Erbschaft verpflichtet, genehmigungsbedürftig. Ferner bedarf es zur Verfügung über einen Anteil an einer Erbschaft der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Das Gesetz erfordert in § 1821 BGB. allerdings nur für die Verfügung über einen Anteil an einer Erbschaft die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Mit Recht folgert

---

[100]) JW 1911, 708 (3).
[101]) RGZ 72, 116.

Goldmann[102]) aus § 1922 Abs. 2 BGB., daß schon das Verpflichtungsgeschäft der Genehmigung bedarf. Denn da nach § 1821 BGB. das Verpflichtungsgeschäft über die ganze Erbschaft genehmigt werden muß, gilt nach § 1922 Abs. 2 BGB. das Entsprechende für den Anteil eines Miterben.

Die Verpflichtung zur Verfügung über eine angefallene Erbschaft kann beispielsweise ein Verkauf gemäß § 2371 BGB., ein Tausch, ein Vergleich, eine Schenkung oder eine Hingabe an Erfüllungsstatt gemäß § 2385 BGB. sein; ferner kommt die Bestellung eines Nießbrauchs nach § 1089 BGB. in Betracht. Gesetzlich ist nur ein Verpflichtungsgeschäft über die Erbschaft, die ein Sondervermögen darstellt, gestattet; ein entsprechendes dingliches Erfüllungsgeschäft[103]) gibt es nicht. Vielmehr müssen die einzelnen Gegenstände des Nachlasses, jeder gesondert, veräußert oder belastet werden. Befindet sich nun unter den einzelnen Nachlaßgegenständen beispielsweise ein Grundstück, so entsteht die Frage, ob mit dem Verpflichtungsgeschäft auch bereits die Verfügung über das Grundstück mit als genehmigt zu gelten hat oder ob eine besondere Genehmigung nach § 1821 Abs. 1 Z. 3 BGB. nötig ist. Bei der Erörterung des § 1821 Abs. 1 Z. 3 BGB. ist dargetan[104]), daß regelmäßig die Genehmigung des Verpflichtungsgeschäfts dahin auszulegen ist, daß sie das Verfügungsgeschäft mit deckt. Diese Auslegungsregel, welche die scharfe Trennung des Gesetzes zwischen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft überbrückt, wird man im vorliegenden Fall nicht anwenden dürfen, da Gegenstand der Verpflichtung eine Vermögensgesamtheit, Gegenstand der Verfügung das einzelne Grundstück ist. Im Interesse der unbedingten Sicherheit und Klarheit des Rechts wird bei einer solchen Divergenz entweder eine ausdrückliche Ausdehnung in der Genehmigung des Verpflichtungsgeschäfts selbst oder eine neue besondere Genehmigung für das einzelne Verfügungsgeschäft gefordert werden müssen.

Im Gegensatz zur Erbschaft steht der Erbschaftsanteil; denn über diesen kann als Gesamtheit verfügt werden, § 2033 BGB. Daher ist der Miterbe in der Lage, den Anteil als Ganzes zu veräußern, einen Nießbrauch (§ 1068) oder ein Pfandrecht (§ 1274) an dem Anteil, aber nicht an den einzelnen Gegenständen des Nachlasses, zu bestellen. Im weiteren Gegensatz zu dem, was über die Erbschaft als Ganzes gesagt worden ist, wird man annehmen dürfen, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Verkaufs eines Erbschaftsanteils in der Regel dahin auszulegen sein wird, daß sie sich zugleich auf das Veräußerungs-

---

[102]) Goldmann § 41 Anm. 32
[103]) Vgl. § 1085 BGB.
[104]) Siehe unten § 10.

geschäft bezieht. Denn hier ist der Gegenstand der Verpflichtung und der Verfügung unmittelbar und eindeutig identisch.

Von dem Grundsatz des § 312 Abs. 1 BGB., daß Verträge über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten sowie über Pflichtteile oder Vermächtnisse aus dem künftigen Nachlaß nichtig sind, macht das Gesetz in § 312 Abs. 2 BGB. eine Ausnahme, indem es Verträge unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen gestattet. Wenn das Kind durch einen solchen Vertrag zur Verfügung über seinen künftigen gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil verpflichtet werden soll, bedarf der Vertrag der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Das entsprechende Verfügungsgeschäft ist tatsächlich und rechtlich unmöglich und daher in § 1821 BGB. nicht erwähnt.

II.

Zur Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses ist grundsätzlich die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich. Der Ausschlagung steht nach § 1957 Abs. 1 BGB. die Anfechtung der Annahme gleich [105]).

Diese rechtliche Folge entspricht der wirtschaftlichen Vernunft. Denn ob jemand die Erbschaft von vornherein ausschlägt oder die Annahme der Erbschaft später anficht, ist wirtschaftlich derselbe Erfolg: in beiden Fällen entbehrt das Kind der Erbmasse. Die Ausschlagung als eingesetzter Erbe ist auch dann genehmigungspflichtig, wenn zugleich das gesetzliche Erbteil angenommen wird [106]). Dagegen unterliegt die Annahme der Erbschaft ebensowenig wie etwa der Erwerb eines Grundstücks der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung [107]).

Von der Genehmigungspflichtigkeit der Ausschlagung macht das Gesetz dann eine Ausnahme, wenn das Kind erst infolge einer Ausschlagung des Gewalthabers Erbe oder Vermächtnisnehmer geworden ist. Hat der Gewalthaber die Erbschaft seines Vaters ausgeschlagen, und ist infolge dieser Ausschlagung sein Kind Erbe geworden, dann kann der Vater auch die Erbschaft des Kindes ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ausschlagen. Das Gesetz billigt also dem Gewalthaber das Ausschlagungsrecht hinsichtlich einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses zu, wenn er

---

[105]) Planck § 1643 Anm. II, 11; v. Blume § 1643 Anm. 3b; Staudinger § 1643 Anm. IV 11.

[106]) Goldmann § 41 Anm. 44.

[107]) Staudinger § 1643 Anm. II 11; Fuchs § 1822 Anm. 2a; Goldmann § 41 Anm. 44; RGZ 29, 197.

selbst schon für seine Person ausgeschlagen hatte. Dieser Satz erfährt jedoch wieder eine Einschränkung dadurch, daß die Genehmigung dann erforderlich ist, wenn das Kind schon aus einem andern Grund als Erbe oder Vermächtnisnehmer berechtigt war. Sind also der Vater zu $^1/_4$ und das Kind zu $^3/_4$ gemeinsam Erben der Mutter und schlägt der Vater hinsichtlich seiner Person aus, so wird das Kind infolge der Ausschlagung des Vaters Alleinerbe. Will der Vater jetzt auch für das Kind ausschlagen, so bedarf er der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts; denn das Kind ist nur zu $^1/_4$ Erbe zufolge seiner Ausschlagung geworden, während es wegen des Restes von $^3/_4$ schon von Anfang an als Erbe berufen war. Diese Bestimmung muß entsprechend angewendet werden, wenn Vater und Kind Nacherbe sind und der Vater die Nacherbschaft für sich ausgeschlagen hat. Will er für das Kind gleichfalls ausschlagen, so muß er die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen [108]).

Endlich ist auch der Verzicht auf den angefallenen Pflichtteil [109]) genehmigungspflichtig. Der Verzicht auf den künftigen Pflichtteil ist nur in der Form des Erbverzichts zulässig. Aber auch dieser muß durch das Vormundschaftsgericht genehmigt werden, es sei denn, daß er unter Verlobten oder Ehegatten geschlossen wird, § 2347 BGB. Was das Gesetz ausdrücklich in § 1634 BGB. für den Vater ausspricht, gilt nach § 1685 BGB. in gleicher Weise für die Mutter [110]).

Auf dem Gebiete des Erbvertrages tritt eine Beschränkung des Gewalthabers durch das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung nur in einem Fall in Erscheinung. Will der Gewalthaber des Annehmenden den Erbvertrag mit dem Erblasser zur Aufhebung bringen, so muß das Vormundschaftsgericht den Aufhebungsvertrag genehmigen, es sei denn, daß der Erblasser Ehegatte oder Verlobter des Annehenden ist, § 2990 BGB. Die Beschränkung durch die Notwendigkeit vormundschaftsgerichtlicher Mitwirkung trifft nur den Gewalthaber des Annehmenden; der Erblasser bedarf, wenn er unter elterlicher Gewalt steht [111]), zur Aufhebung des Erbvertrages nicht einmal der Zustimmung des Gewalthabers, geschweige denn der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

---

[108]) WarnKom § 1643 Anm. I; Staudinger § 1643 Anm. II 11; KGJ 53, 33.

[109]) Prot. IV, 394; Staudinger § 1643 Anm. II 11; § 1822 Anm. 2 f γ; WarnKom § 1822 Anm. II; Fuchs § 1822 Anm. 2 c; Josef DJZ 1908, 1163.

[110]) Staudinger § 1643 Anm. II 11; Keßler Bayr. Z. 1905, 507; OLG. 33, 364; A. A.: Kipp § 80 Anm. 29; ZBl FG 10, Nr. 42.

[111]) Es kann sich stets nur um einen Ehegatten oder Verlobten handeln, da von diesen Ausnahmen abgesehen, nur voll geschäftsfähige Personen einen Erbvertrag schließen können. § 2275 BGB

Eine entsprechende Vorschrift enthält § 2291 BGB. Will der Erblasser eine vertragsmäßige Verfügung, durch die ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet ist, durch Testament aufheben, so braucht er hierzu die Zustimmung des anderen Vertragschließenden. Steht dieser unter elterlicher Gewalt, so muß sein Gewalthaber zur Erklärung der Zustimmung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen.

III.

Nach § 2347 BGB. bedarf der Gewalthaber, dessen Kind ein gesetzlicher Erbe ist, zum Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht durch Vertrag mit dem dritten Erblasser der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, es sei denn, daß der Verzichtsvertrag unter Ehegatten oder Verlobten geschlossen wird. Dem gesetzlichen Erben wird der testamentarische Erbe und Vermächtnisnehmer gleichgestellt, § 2352 BGB. Ist in einem Erbvertrage eine Zuwendung zugunsten eines Dritten erfolgt, der unter elterlicher Gewalt steht, so braucht der Gewalthaber des Dritten zum Verzicht auf die Zuwendung durch Vertrag mit dem Erblasser gleichfalls die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, § 2352 S. 2 BGB.

Während der Gewalthaber des Verzichtenden in allen diesen Fällen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, kann der Erblasser sogar ohne Zustimmung seines Gewalthabers handeln, § 2347, 2 BGB. Dies gilt jedoch nur für den Verzichtvertrag als solchen. Ist mit dem Verzicht zugleich ein Abfindungsvertrag verbunden, durch den der Erblasser beispielsweise einen Nießbrauch an einem Grundstück bestellt, so ist insoweit die Zustimmung des Gewalthabers gemäß § 108 BGB. und nach § 1821 Abs. 1 Z. 1 BGB. die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich[112]). Zur Aufhebung des Verzichts ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für denjenigen, der den Verzicht ausgesprochen hatte, nicht notwendig[113]), weil er durch die Aufhebung seines Verzichts regelmäßig einen Vorteil erlangt.

Zweifelhaft ist aber die Stellung des Erblassers. § 2351 BGB. bestimmt, daß der Erblasser zur Aufhebung des Erbverzichts eines gesetzlichen Erben im Sinne des § 2346 BGB. ausschließlich persönlich berechtigt ist und weder der Genehmigung des Gewalthabers noch des Vormundschaftsgerichts bedarf. Es entsteht die Frage, ob die Stellung des Erblassers ebenso frei ist, wenn es sich nicht um die Aufhebung des Verzichts eines gesetzlichen, sondern

---

[112]) RGR Kom § 2346 Anm. 1.
[113]) RGR Kom § 2351 Anm. 1; Planck § 2351 Anm. 3; Warn Kom § 2351.

eines testamentarischen Erben oder eines Vermächtnisnehmers im Sinne des § 2352 BGB. handelt. Denn § 2351 BGB., der die Aufhebung des Verzichts regelt, nimmt nicht auf § 2352 BGB. bezug. Trotzdem folgert die herrschende Meinung aus der allgemeinen Fassung des § 2351 BGB,, daß dieser jede Form des Verzichts umfaßt und daß daher § 2351 BGB. auch für die Aufhebung von Verzichten im Sinne des § 2352 BGB. gilt[114]).

IV.

Ist beim Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft ein Ehegatte unter Hinterlassung des anderen Ehegatten und von Abkömmlingen gestorben, so tritt nach § 1483 BGB. fortgesetzte Gütergemeinschaft ein. Diese kann vom überlebenden Ehegatten durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht abgelehnt[115]) werden. Wenn nun der Überlebende die Ehefrau ist, und diese noch unter elterlicher Gewalt steht, so bedarf der Gewalthaber zur Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts, § 1484, 2, S. 2 BGB. Diese Bestimmung kommt für einen überlebenden Ehemann nicht in Frage[116]), weil dieser niemals unter elterlicher Gewalt steht.

Daraus, daß § 1484 Abs. 2 BGB. auf § 1957 BGB. Bezug nimmt, ist zu folgern, daß die Anfechtung der Annahme der Ablehnung gleichzusetzen ist[117]). Daher ist auch zur Anfechtung der Annahme der fortgesetzten Gütergemeinschaft die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich.

V.

Der überlebende Ehegatte, zu dessen Gunsten die Gütergemeinschaft fortgesetzt wird, kann jederzeit die Aufhebung verlangen. Dies vermag er in gleicher Weise wie der verzichtende Abkömmling entweder durch einseitige, öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht oder durch Aufhebungsvertrag mit den anteilsberechtigten Abkömmlingen zu erreichen. Der Gewalthaber der minderjährigen Witwe bedarf zur Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung und zwar sowohl zur Auf-

---

[114]) RGRKom § 2352 Anm. 3; Planck § 2352 Anm. 1; Staudinger § 2352 Anm. 1; A. A.: Kipp II 3 § 140 II.

[115]) Die nachträgliche Aufhebung siehe unter V.

[116]) A. Schmidt § 1484 Anm. 3; Opet § 1484 Anm. 3 b.

[117]) A. Schmidt § 1484 Anm. 2 g.

hebungserklärung als auch zum Aufhebungsvertrage. Hingegen brauchen minderjährige Abkömmlinge, denen durch die Aufhebung der Gütergemeinschaft kein Nachteil entsteht, nicht die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts [118]).

VI.

Die gesetzliche Möglichkeit, auf den angefallenen Anteil an der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu verzichten, befriedigt angesichts der Unverkäuflichkeit des Anteils [119]) ein wirtschaftliches Bedürfnis. Denn hierdurch wird der Abkömmling in die Lage versetzt, sich als Entgelt für den Verzicht eine Abfindung zu verschaffen, die zur Gründung eines Geschäfts oder zur Einbringung in die Ehe gebraucht werden kann [120]).

Der Verzicht hat entweder als einseitige Erklärung in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Nachlaßgericht oder in einem Verzichtvertrage zwischen dem verzichtenden Abkömmling und dem überlebenden Ehegatten sowie den etwaigen anderen Abkömmlingen zu geschehen. Der Verzicht wirkt dinglich [121]) [122]). Der Gewalthaber bzw. der gemäß § 1909 BGB. zu bestellende Pfleger der Abkömmlinge [123]) bedarf zum Abschluß des Verzichtvertrages der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, dagegen nicht der Gewalthaber der überlebenden Witwe.

Während § 1491 BGB. den Verzicht auf einen bereits angefallenen [124]) behandelt, regelt § 1517 BGB. den Fall des Verzichts auf einen künftigen Anteil am Gesamtgut. Dieser Verzicht kann lediglich durch Vertrag [125]) des Kindes mit einem Ehegatten unter Zustimmung des anderen Ehegatten erfolgen. Der Verzicht des Abkömmlings bedarf der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, §§ 1517, 2; 2347 BGB.; der minderjährige Ehegatte bedarf dagegen nicht der Zustimmung seines Gewalthaber und des Vormundschaftsgerichts zum Abschluß des Verzichtvertrages, § 2347, 2 BGB. Die Aufhebung des Verzichts fällt überhaupt nicht unter § 2347, 1 BGB. [126]); daher bedarf sie in keinem Fall der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts [127]).

---

[118]) A. Schmidt § 1492 Anm. 3 b; RGR Kom § 1492 Anm. 5.
[119]) §§ 1442, 1487 BGB.
[120]) Mot. IV 460; Goldmann § 30 Anm. 5.
[121]) § 1491 Abs. 4; § 1490 Satz 3 BGB.
[122]) A. Schmidt § 1491 Anm. 1 und 5; RGRKom § 1491 Anm. 9.
[123]) §§ 1909, 1; 1630; 1795 BGB.
[124]) Opet § 1491 Anm. 2; A. Schmidt § 1491 Anm. 2; RGRKom § 1491 Anm. 1.
[125]) RGRKom § 1517 Anm. 1; Opet § 1517 Anm. 1; A. Schmidt § 1517 Anm. 1.
[126]) § 2351 verweist ausdrücklich nicht auf § 2347, 1 BGB.
[127]) Goldmann § 29 Anm. 168.

Die Rechtslage ist die gleiche, wenn die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht als gesetzliche Folge der allgemeinen Gütergemeinschaft, sondern als vertragliche[128]) Folge der Fahrnisgemeinschaft eintritt, § 1549 BGB.

§ 10.

Immobiliargeschäfte.

I.

Die wirtschaftliche und soziale Tragweite von Geschäften des Grundstückverkehrs macht eine Beschränkung der elterlichen Verfügungsmacht erforderlich[129]). So stellt § 1821 Z. 1 BGB. zunächst die Verfügung über ein Grundstück oder ein Grundstücksrecht unter die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung.

Genau genommen handelt es sich nicht um Verfügungen über das Grundstück, sondern über das Eigentum[130]) an dem Grundstück. Diese Klarstellung der gesetzlichen Ausdrucksweise ist deswegen von Wichtigkeit, weil man sonst auf den Gedanken kommen könnte, daß auch die Verfügung über den Besitz am Grundstück genehmigungspflichtig ist[131]).

Das Eigentum braucht nicht notwendig ein alleiniges Eigentum des Kindes zu sein. Es genügt, wenn das Kind Miteigentümer zur gesamten Hand als Miterbe[132]) oder als Gesellschafter[133]) ist[134]).

Nicht nur die Verfügung über das Grundstückseigentum selbst, sondern auch über die ihm gleichgestellten Rechte fällt unter § 1821, 1 Z. 1 BGB. [135]). Reichsrechtlich gehört hierher das Erbbaurecht, das nach § 11 der Verordnung über das Erbbaurecht[136]) dem Grundstückseigentum gleichsteht. Aus den Landesrechten sind die Erbpacht, das Büdner- und Häußlerrecht dem Eigentum gleichgestellt, Art. 63 Satz 2 EGBGB., sofern für sie ein eigenes Grundbuchblatt angelegt ist; ferner die Abbaugerechtigkeiten für

[128]) § 1557 BGB.
[129]) Mot. IV 353.
[130]) v. Blume § 1821 Anm. 2 und 4.
[131]) So Endemann II § 224 Anm. 33. Dagegen zutreffend: Fuchs § 1821, 2 Ic; RGR Kom § 1821 Anm. 1.
[132]) OLG. 5, 411; Seuff Bl 75, 116 ff; Bayr. OLG. 20, 320 ff. Dagegen DNZ. 1918, 313 ff.
[133]) Bayr. OLG. 9, 410; 1, 419 ff.
[134]) Staudinger § 1821 Anm. 1 α; OLG. 5, 411; Bayr. OLG. 9, 270.
[135]) Staudinger § 1821 Anm. 1 α; v. Blume § 1821 Anm. 2; Warn. Kom § 1821 Anm. II.
[136]) Verordnung vom 14. 1. 1919.

solche Minerale, die nicht den berggesetzlichen Vorschriften unterliegen, Art. 68 EGBGB.[137]); endlich eventuell bergrechtliche Abbaugerechtigkeiten, diese allerdings nicht unmittelbar kraft Reichsrechts, sondern gegebenenfalls nur auf Grund der einzelnen Landesrechte[138]). In allen diesen Fällen bedarf die Verfügung über die grundstücksgleichen Rechte ebenfalls der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Denn auch bei diesen Gerechtigkeiten wird es sich regelmäßig um Gegenstände handeln, die wirtschaftlich und sozial für das Kindesvermögen von einem ähnlichen Wert und von ähnlicher Bedeutung sind wie Grundstücke selbst; daher wird die Anwendung des § 1821, 1 Z. 1 BGB. auf die grundstücksähnlichen Gerechtigkeiten durch den gesetzgeberischen Zweck dieser Gesetzesbestimmung gerechtfertigt.

Außer der Verfügung über das Eigentum ist auch die Verfügung über ein dingliches Recht am Eigentum genehmigungspflichtig. Hiervon nimmt jedoch das Gesetz die Verfügung über Hypotheken, Grund- und Rentenschulden ausdrücklich aus, § 1821, 2 BGB.[139]). So bleiben reichsrechtlich allein Dienstbarkeiten, Vorkaufsrechte und Reallasten übrig[140]). Aber nur soweit sich die Verfügung unmittelbar auf das Grundstücksrecht selbst bezieht, fällt es unter die Bestimmung[141]).

Deshalb ist die Verfügung des Gewalthabers über ein Pfandrecht, das an dem Nießbrauch eines Dritten besteht, nicht nach § 1821, 1 Z. 1 BGB. genehmigungspflichtig. Von der Verfügung über das Recht ist die bloße Überlassung der Ausübung des Rechts streng zu scheiden; denn auch diese ist ohne Genehmigung wirksam[142]). Ohne stichhaltige Begründung behauptet der Kom. von RGR. das Gegenteil: die Übertragung der Ausübung eines Nießbrauchs oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sei mehr als eine bloße Besitzüberlassung. Dem ist entgegenzuhalten, daß, selbst wenn die Überlassung der Ausübung mehr wäre als

---

[137]) So sind nach Art. 40, 1, Pr. AGBGB. unter bestimmten Voraussetzungen dem Eigentum gleichgestellt: Fährgerechtigkeiten, Fischereigerechtigkeiten in öffentlichen Strömen, Schiffs-, Mühlengerechtigkeiten, vererbliche und veräußerliche Apothekenprivilegien, Erbstollen-, Abdeckerei- und Meßbudengerechtigkeiten. Art. 20 des württemb. AGB GB. rechnet hieher selbstständige Fischereigerechtigkeiten. Näheres siehe A. Schmidt § 1445 Anm. 2b.

[138]) Staudinger Art. 67 Anm. 2C.

[139]) Das Gesetz rechnet sie, wie die §§ 1812, 1551, 2 ergeben, in Übereinstimmung mit ihrer Bedeutung im Wirtschaftsleben, nicht zum Grund, sondern zum Kapitalvermögen des Kindes (RGR Kom § 1821 Anm. 3 Nr. 1, § 1551 Anm. 12).

[140]) Staudinger § 1821 Z. 1 Anm. β; v. Blume § 1821 Anm. 3; A. Schmidt § 1551, 2b α—γ.

[141]) KGJ. 40, 163.

[142]) Planck § 1821 Anm. II 1b; Fuchs § 1821 Anm. 2Ic; Staudinger § 1821 Anm. 2 α γ; A. A.: RGR Kom § 1821 Anm. 3 zu Nr. 1.

eine bloße Besitzüberlassung, damit noch lange nicht gesagt und bewiesen ist, daß sie damit bereits eine Verfügung über ein Grundstücksrecht darstellt.

Weder Miet- noch Pachtbesitz sind Grundstücksrechte, vielmehr nur obligatorische[143]) Rechtsverhältnisse; die Rechtsstellung des Gewalthabers beim Abschluß von Miet- und Pachtverträgen richtet sich nach § 1822 Z. 5 BGB.[144]). Der Besitz ist nach der Terminologie des BGB. kein dingliches Recht[145]) und die Besitzaufgabe oder Besitzüberlassung darum nicht genehmigungspflichtig.

Das Landesrecht kann außer den reichsrechtlichen Grundstücksrechten weitere landesrechtliche Rechte schaffen wie Kirchstuhl-, Grabstellenrechte und andere. Die Verfügung hierüber bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Die Genehmigung ist notwendig, wenn über das Eigentum oder ein Recht des Kindes verfügt wird, das keine Hypotheken-, Grund- oder Rentenschuld darstellt. Eine Hypothek des Kindes kann daher ohne Genehmigung wirksam veräußert werden, nicht aber kann auf dem Grundstück des Kindes eine Hypothek für einen Dritten bestellt werden; denn die Bestellung ist nicht eine Verfügung über eine Hypothek, sondern über das Grundstück selbst, das dadurch belastet wird. Deshalb ist zu einer solchen Belastung zu Gunsten eines Dritten die Genehmigung erforderlich. Zweifelhaft ist jedoch die Rechtslage, wenn das Grundstück des Kindes zu seinen eigenen Gunsten belastet wird, was regelmäßig durch Bestellung einer Eigentümergrundschuld zu geschehen pflegt. Daran knüpft sich die weitere Frage, ob die Verfügung über die Eigentümergrundschuld genehmigungsfrei ist. Unzweifelhaft ist von vornherein nur eins: daß nämlich beide Verfügungen, die Bestellung der Eigentümergrundschuld und die spätere Veräußerung, nicht genehmigungsfrei sein können. Denn sonst hätte der Gewalthaber, der zur Bestellung einer Hypothek der Genehmigung bedarf, die Möglichkeit, die Genehmigungspflicht dadurch zu umgehen, daß er dem Dritten die Hypothek auf dem Umwege über die Bestellung und Abtretung einer Eigentümergrundschuld verschafft.

Es ist zwar richtig, daß mit der Bestellung einer Eigentümergrundschuld im Ganzen gesehen eine Einwirkung auf das Eigentum materiell und wirtschaftlich nicht stattgefunden hat. Denn der Eigentümer hat im Endergebnis weder mehr noch weniger

---

[143]) Wenn auch die §§ 571 und 986, 2 BGB. gewisse quasi-dingliche Wirkungen verleihen.

[144]) Siehe unter § 13.

[145]) Staudinger § 1821 Z. 1 Anm. β; v. Blume § 1821 Anm. 2, 3, 4; Planck § 1821 Anm. II, 1; RGZ 106, 112; Schulzenstein-Köhne § 1821 Anm. 4; Endemann II, § 224 Anm. 33.

als vorher[146]). Dem hält jedoch v. Blume[147]) mit Recht entgegen, daß der Eigentümer jetzt im Einzelnen nicht mehr wie früher sein volles Eigentum besitzt, sondern ein beschränktes Eigentum zuzüglich seiner Eigentümergrundschuld. Diese Summierung ist infolge einer Verfügung[148]) über das Grundstückseigentum entstanden, durch die die Grundschuld vom Eigentum abgespaltet ist. Die Folgen dieser Abspaltung zeigen sich deutlich bei der Zwangsversteigerung. Da also die Bestellung der Grundschuld juristisch eine Verfügung über das Eigentum darstellt, durch die das Eigentum beschränkt, nämlich belastet wird, so bedarf der Gewalthaber hierzu der Genehmigung. Tritt nun der Gewalthaber die Eigentümergrundschuld an einen Dritten ab, so ist hierzu nach § 1821, 2 BGB. keine Genehmigung mehr erforderlich[149]).

Zweifelhaft und umstritten ist weiterhin die Frage, ob eine beim Erwerb eines Grundstücks durch den Gewalthaber bestellte Restkaufgeldhypothek der Genehmigung unterliegt. Die Frage ist im Grunde übrigens die gleiche wie beim Erwerb eines Grundstücks gegen eine Restkaufgeldhypothek durch einen Prokuristen[150]) oder durch einen Ehemann bei allgemeiner Gütergemeinschaft[151]).

Formell und genau genommen ist es zwar richtig, daß der erwerbende Gewalthaber eine solche Hypothek bereits in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des Eigentümers bewilligt, daß damit also die Bestellung der Hypothek das Eigentum des Kindes begrifflich voraussetzt[152]).

Aber mit Recht nimmt RGZ 108 S. 356 an, daß diese formelle Auslegung mit dem Zweck des Gesetzes nicht im Einklang steht. Denn die für den Gewalthaber geltenden Beschränkungen des § 1821 Abs. 1 Z. 1—3 betreffen allein solche Fälle, in denen durch die Verfügung eine Minderung des Kindesvermögens bewirkt wird. Im Gegensatz dazu steht § 1821, 1 Z. 4 BGB. Diese Vorschrift, die den Erwerb eines Grundstücks und damit eine Vermehrung des Kindesvermögens im Auge hat, gilt nur für den Vormund, nicht den Gewalthaber. Die Beschränkungen des Gewalthabers sind gegeben, um eine Schmälerung des Kindes-

---

[146]) So Schultheiß, S. 100.
[147]) v. Blume § 1821 Anm. 4.
[148]) Wolff Sachenrecht § 156 I, 1c; Goldmann § 29 Anm. 33; KGJ. 43, 259 (zu § 1445 BGB.).
[149]) Planck § 1821 Anm. II 1b; Fuchs § 1821, 2 I c.
[150]) § 49, 2 HGB.
[151]) § 1445 BGB.
[152]) Planck § 1821 Anm. II 1b; Fuchs § 1821 Anm. 2 Ic; Staudinger § 1821 Anm. γ; Recht 1901, 233 Nr. 773; 1904, 604 Nr. 2621; KGJ. 32, 232; Bayr. OLG. 1, 737; Seuff A 65 Nr. 12; RGR Kom zu § 1643 Anm. 1.

vermögens hauptsächlich durch Veräußerung oder Belastung zu verhüten; der Erwerb eines Grundstücks unter gleichzeitiger Belastung mit einer Restkaufgeldhypothek stellt aber wirtschaftlich keine Verminderung des Grundvermögens des Kindes dar. Daher ist nach dem Zweck des Gesetzes die Genehmigung zur Bewilligung einer Restkaufgeldhypothek beim Erwerb des Grundstücks nicht erforderlich [153]).

Eine Verfügung liegt nur vor, wenn das Recht veräußert, aufgehoben, geändert oder belastet wird [154]).

Im einzelnen Falle ist häufig streitig, ob eine Rechtshandlung eine Verfügung darstellt oder nicht.

Wenn sich der Gewalthaber und der jeweilige Eigentümer wegen einer auf dem Grundstück des Kindes lastenden Hypothek der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, wird darin von vielen eine genehmigungspflichtige Verfügung erblickt [155]). Diese Ansicht trifft jedoch nicht zu [156]). Denn durch die Unterwerfungsklausel wird die Hypothek des Gläubigers und damit auch das Eigentum des Kindes unmittelbar gar nicht berührt. Auch liegt in der Klausel kein Nebenrecht, wie das Bayr. OLG. [157]) in seinen inzwischen überholten Entscheidungen ausführt. Das Recht bleibt gleich groß oder klein; es entsteht kein Nebenrecht; lediglich die Zwangsvollstreckung aus dem Recht erlangt einen erleichterten Modus. Hierin kann aber eine Veränderung des Rechts selbst nicht erblickt werden.

Nach der oben gegebenen Umschreibung des Verfügungsbegriffs bedarf das Kind als Eigentümer zur Umwandlung einer Belastungsform in eine andere der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Wenn der Gewalthaber eine Hypothek bestellt, so belastet er das Eigentum des Kindes; stimmt er der Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld, einer Sicherungshypothek, einer Rentenschuld in eine Grundschuld und umgekehrt zu, so verändert er die bisherige Belastungsform des Eigen-

---

[153]) Dernburg § 58 (zu § 1445 BGB.) Anm. 11; Wolff, FR. § 62 VI 2. Güthe Triebel, GBO-Kom. § 34 Anm. 20; Endemann § 184 (zu § 1445 BGB.) Anm. 37; A. Schmidt § 1445 Anm. 3 α; Opet § 1445 Anm. 5; Warn Kom § 1643 Anm. I und § 1821 Anm. II; RGZ 108, 356; OLG. 21, 287.

[154]) KGJ. 20 A. 237; 38 A. 220.

[155]) v. Blume zu § 1821 Anm. 4. Im Zusammenhang mit § 1445 auch A. Schmidt Anm. 3 a β; Planck im Gegensatz seiner Meinung bei § 1821 Anm. 2 e: Bayr. OLG. Z. 3, 444 ff. Die Rechtsprechung hat sich inzwischen geändert, 1 Anm. 3. KGJ. 21, A. 19 (vgl. jedoch auch hier Anm. 3), OLG. 12, 349; 21, 287 ff.

[156]) WarnKom zu § 1821 Anm. II zu Z. 1; Staudinger zu § 1643 Anm. 1; Fuchs FR. zu § 1821 Anm. 2 I c; RGR Kom Anm. 3 zu Nr. 1; Goldmann § 41 Anm. 27; Bayr. OLG. 14, 502 ff; KGJ. 32 A. 280.

[157]) Bayr. OLG. 3, 444 ff. Ihm folgt Planck mit ausdrücklicher Bemerkung: § 1445 Anm. 2 e.

tums. Da aber auch die Veränderung des Eigentums eine Verfügung darstellt, so ist zur Belastungsumwandlung stets die Genehmigung erforderlich [158]).

Keiner gerichtlichen Genehmigung aus § 1821 BGB. bedarf naturgemäß die Übernahme bereits bestehender Hypotheken beim Erwerb eines Grundstückes. Denn der Gewalthaber darf lediglich nicht belasten, wohl aber belastet erwerben [159]).

Die Aufhebung eines Grundstückskaufvertrages oder die Abtretung eines Anspruchs auf Herausgabe eines Grundstücks fällt nicht unter § 1821 Abs. 1 Z. 1 [160]). Denn hier handelt es sich nicht um Verfügungen über das Eigentum selbst, sondern nur über Forderungen auf Herausgabe des Eigentums [161]). Die gegenteilige vom Kom. von RGR. vertretene Auffassung ist unhaltbar [162]).

II.

Der enge wirtschaftliche Zusammenhang, der zwischen der Verfügung über ein Grundstücksrecht selbst und der Verfügung über die das Grundstücksrecht betreffende Forderung besteht, rechtfertigt [163]), daß das Gesetz im Interesse des Kindes nicht nur die Verfügung über das Recht selbst, sondern bereits die Verfügung über die Forderung lediglich mit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wirksam werden läßt. Eine entsprechende Regelung ist auf anderen Rechtsgebieten, insbesondere im Ehegüterrecht, gleichfalls getroffen [164]).

Genehmigungspflichtig ist zunächst die Verfügung über eine Forderung auf Eigentumsübertragung; diese kann ein Anspruch auf Auflassung des Grundstücks sein, der sich auf Kauf, Schenkung oder einen sonstigen Rechtsgrund stützt. Insbesondere besteht auch die Möglichkeit, daß ein Auflassungsanspruch Gegenstand einer Wahlschuld ist. Dann unterliegt der Anspruch unbe-

---

[158]) Fuchs § 1821 Anm. 2 Ic; Goldmann § 29 Anm. 33; Planck § 1821 Anm. II, 1 b; § 1445 2 a; RGRKom § 1821 Anm. Nr. 1; A. Schmidt § 1445 Anm. 2 c; Bayr. OLG. 2, 193; OLG. 14, 26. A. A.: Staudinger § 1445 2 a β β.

[159]) Vgl. jedoch § 1822 Ziffer 10 BGB.; eventuell ist ein Kreditgeschäft damit verbunden, das nach § 1822 Ziffer 8 genehmigungspflichtig ist. Dieser Fall ist jedoch praktisch sehr selten, meist wird es sich um einen Kauf auf teilweisem Kredit, kaum aber um ein selbständiges Kreditgeschäft handeln, das unter § 1822 Ziffer 8 fällt (vgl. Fohr, Ziv. Archiv 92, 413).

[160]) Es kommt § 1821 Abs. 1 Z. 3 in Frage.

[161]) Staudinger zu § 1821 Anm. 2 b γ; Goldmann § 29 Anm. 27; Planck zu § 1821 Anm. II, 1 d.

[162]) RGR Kom § 1821 zu Ziffer 1.

[163]) v. Blume § 1821 Anm. 5; Mot. IV, 1139.

[164]) z. B. § 1551, 2 BGB. bei der Fahrnisgemeinschaft.

dingt bis zur Wahl der Bestimmung des § 1821 Abs. 1 Z. 2 BGB[165]). Die Wahl selbst ist eine Verfügung[166]) über diesen Anspruch, sie muß deshalb vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden. Wird der Auflassungsanspruch gewählt, so unterliegt die weitere Verfügung über ihn der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Die Forderung kann auch ein obligatorisches Vorkaufsrecht darstellen, § 514 BGB.; es kann endlich auch ein Anspruch aus dem Meistgebot bei der Zwangsversteigerung sein, § 81, 2 ZVG. Auch dieses Recht aus dem Meistgebot[167]), das ein Recht auf den Zuschlag und damit in gewissem Sinn einen Anspruch auf Eigentumsübertragung enthält, vermag nicht ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts an einen anderen abgetreten zu werden. Das Versteigerungsgericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Genehmigung vorliegt. Wohl aber kann der Gewalthaber einen Anspruch aus dem Meistgebot erwerben, da der bloße Erwerb keine Verfügung ist und daher nicht der Beschränkung des § 1821 Abs. 1 Z. 2 BGB. unterliegt[168]).

Stark umstritten ist die Frage, ob die Entgegennahme der Auflassung durch den Gewalthaber der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Es wird häufig angenommen, daß durch die Entgegennahme der Auflassung zugleich über die zugrundeliegende Forderung auf Auflassung verfügt werde, indem diese zum Erlöschen gebracht werde. Zu diesem Problem läßt sich in dreierlei Weise Stellung nehmen:

a) Staudinger[169]) hält jede Auflassungentgegennahme für genehmigungspflichtig, weil über die Auflassungsforderung aus § 1821 Abs. 1 Z. 2 BGB. verfügt wird.

b) Planck[170]) stimmt Staudinger grundsätzlich zu, schränkt diese Regel aber dadurch ein, daß er die Genehmigung dann nicht verlangt, wenn durch die Auflassung eine Forderung erlischt, die der Gewalthaber ohne Genehmigung hat eingehen dürfen. Diese Meinung ergibt praktisch sehr verschiedene Folgen, je nachdem ob der Verfügende Vormund oder Gewalthaber ist. Denn wenn der Vormund die Auflassung entgegennimmt, so verfügt er über die Auflassungsforderung aus dem Erwerbskausalgeschäft, meistens einem Kaufvertrage, zu dessen wirksamen Abschluß die vor-

---

[165]) Planck § 1551 Anm. 2c; § 1821 Anm. 2; einschränkend: v. Blume § 1821 Anm. 5.

[166]) A. Schmidt § 1551 Anm. 2c; Staudinger § 1551 Anm. 2f; RGR Kom § 1551 Anm. 13.

[167]) WarnKom § 1821 Anm. III; Staudinger § 1821 Anm. Z. 2.

[168]) Jaeckel-Güthe ZVG-Kom. § 71 Anm. 6.

[169]) Staudinger § 1821 Anm. Z. 2; § 1643 Anm. II 2; Fuchs § 1643 Anm. 2 II.

[170]) Planck § 1643 Anm. II 2; § 1821 Anm. 2; RGR-Kom. § 1643 Anm. 1; SeuffA 62 Nr. 113; KGJ. 24, 103; 28, 7.

mundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist. Der Gewalthaber hingegen, der der Genehmigung aus § 1821 Abs. 1 Z. 4 BGB. nach § 1643 BGB. nicht bedarf, könnte auch die Auflassung ohne Genehmigung vornehmen. Das Ergebnis ist, daß der Gewalthaber regelmäßig ohne Genehmigung die Auflassung entgegennehmen darf.

c) Eine dritte[171]), am weitesten gehende Auffassung, die dem Sinn und Zweck des Gesetzes am ehesten gerecht werden dürfte, vertritt das Reichsgericht in der bereits mehrfach erwähnten Entscheidung, RGZ. 108 S. 356—365. Ähnlich wie bei der oben behandelten Frage hinsichtlich der Restkaufgeldhypothek ist auch bei dem vorliegenden Problem davon auszugehen, daß § 1821 Abs. 1 Ziff. 1—3 BGB. den Abschluß und die Durchführung von Grundstücksgeschäften in einem gewissen Gegensatz zu Ziffer 4 dieser Bestimmung deswegen erschweren will, um eine Verminderung des Grundvermögens des Kindes zu verhindern. Die Entgegennahme der Auflassung führt aber zur Mehrung des Grundvermögens des Kindes. Daher ist es mit dem Sinne und Zweck des Gesetzes nicht vereinbar, dem Gewalthaber die Erschwerung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung aufzuerlegen, wenn er das Immobiliarvermögen des Kindes vergrößert.

Ferner bedürfen die Verpflichtungen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, die auf die Begründung oder Übertragung eines Rechts am Grundstück oder auf die Befreiung eines Grundstücks von einem solchen Recht gerichtet sind. Nach § 1821 Abs. 2 BGB. sind aber auch hier Hypotheken-, Grundschulden und Rentenschulden ausgenommen.

III.

Nicht nur die Verfügung über Immobiliarrechte im Sinne des § 1821 Abs. 1 Ziff. 1 BGB. und über Immobiliarforderungen im Sinn von Ziffer 2 unterliegen der Genehmigung, sondern schon die Eingehung der entsprechenden Verpflichtungen. Hierdurch soll der Schutz des Kindes noch mehr verstärkt werden. Denn wenn die Eingehung der bezeichneten Verpflichtungen ohne Beschränkung wirksam wäre, das Vormundschaftsgericht aber die Genehmigung zur Erfüllung der Verpflichtung versagen könnte, so hätte das Kind unter diesen Umständen mit Schadenersatzforderungen gegen sich zu rechnen. Zum Schutze hiervor sowie zur Verhinderung von Gesetzesumgehungen[172]) ist die das Kausalgeschäft berührende Vorschrift geschaffen.

---

[171]) Ebenso WarnKom zu § 1821 Anm. III.
[172]) Planck § 1821 Anm. II, 3.

Der praktisch häufigste Fall ist der Verkauf eines Grundstücks. Diesem ist die Einräumung eines Wiederkaufsrechts [173]) oder eines obligatorischen Vorkaufsrechts [174]) gleichzusetzen [175]). Da es sich sowohl beim Wiederkauf als beim Vorkauf um wirksame, lediglich aufschiebend bedingte Käufe [176]) handelt, unterliegt es keinem Bedenken, sie § 1821 Abs. 1 Z. 3 BGB. zu unterstellen.

Auch wenn ein Immobiliarrecht neben anderen Gegenständen Inhalt einer Wahlschuld ist, fällt es unter § 1821 Abs. 1 Z. 3 BGB. Der Gewalthaber bedarf zu solchem Alternativverkauf gleichfalls der Genehmigung. Die Rechtsnatur der Wahlschuld ist stark umstritten. Sowohl nach der resolutiven als auch nach der suspensiven Pendenztheorie als auch nach der vermittelnden Lehre von Enneccerus [177]) und Planck-Siber birgt die Wahlschuld in ihren, bis zur Ausübung der Wahl noch unbestimmten Grenzen die Verpflichtung zur Verfügung über das Immobiliarrecht [178]).

Endlich bedarf noch die Frage der Erörterung, ob außer dem obligatorischen Geschäft das dingliche Erfüllungsgeschäft die besondere Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nötig hat.

Das geltende Recht trennt das Kausalgeschäft scharf vom Erfüllungsgeschäft, so daß an sich jedes Geschäft gesondert genehmigt werden müßte [179]). In der Regel wird aber die Genehmigung des obligatorischen Geschäfts dahin auszulegen sein, daß mit ihm zugleich die dingliche Erfüllung als genehmigt gelten soll [180]).

Im Interesse einer restlosen Klarstellung empfiehlt es sich jedoch, jeweilig dafür zu sorgen, daß sich die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ausdrücklich sowohl auf das obligatorische als auch auf das dingliche Rechtsgeschäft erstreckt [181]).

§ 11.

Angelegenheiten des Geschäftsverkehrs.

I.

Regelmäßig stellt ein Erwerbsgeschäft einen wirtschaftlich und sozial bedeutsamen Teil des Vermögens einer Person dar. Dieser

---

[173]) § 497 BGB.
[174]) § 504 BGB.
[175]) v. Blume § 1821 Anm. 6; WarnKom § 1821 Anm. IV; Planck § 1821 Anm. II 3; Goldmann § 41 Anm. 30.
[176]) Enneccerus I 2, § 339 II; RGR Kom § 497 Anm. 1; § 504 Anm. 1; RGZ. 69, 282; 72, 385.
[177]) Enneccerus II 2, § 241 Anm. 2 und Noten 6 und 7.
[178]) Vgl. außerdem die obigen Ausführungen zu II.
[179]) Fohr, Ziv. A. 92, 407 ff.
[180]) RGR Kom § 1821 Anm. 3; Goldmann § 41 Anm. 30; Güthe-Triebel GBO. Kom. Bd. II, S. 1998; OLG. 18, 291.
[181]) KGJ. 24, 238.

Umstand veranlaßt den Gesetzgeber, die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts ähnlich wie die Veräußerung von Grundstücken dadurch zu erschweren, daß er zur Wirksamkeit der Veräußerung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verlangt. Aber auch der Erwerb eines Geschäfts kann das Kind schweren finanziellen Gefahren aussetzen. Denn § 25 HGB. und § 420 BGB. legen dem erwerbenden Kind unter Umständen eine weitreichende Haftung für die Geschäftsschulden des früheren Inhabers auf. Deshalb ist auch der entgeltliche Erwerb eines Geschäfts von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung abhängig. Endlich gewährt das Gesetz dem Kinde Schutz bei Verträgen, die zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen werden.

Ein Erwerbsgeschäft ist eine Einnahmequelle, die auf selbständiger, unmittelbar auf dauernden Erwerb gerichteter Tätigkeit beruht [182]). Das Erwerbsgeschäft ist nicht nur die Firmenbezeichnung, der Laden, die Kundschaft, die Außenstände oder die Schulden, sondern alle zum Betrieb gehörigen Bestandteile in ihrer Gesamtheit. Nur wenn eine solche Gesamtheit zum entgeltlichen Erwerbe oder zur Veräußerung steht, handelt es sich um ein Erwerbsgeschäft im Sinne des § 1822 Z. 3 BGB. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob das Kind Alleininhaber oder nur Mitinhaber des Geschäftes ist; ferner ist belanglos, ob die Veräußerung in der Weise vor sich geht, daß das Kind als Mitinhaber ausscheidet [183]), oder ob ein entgeltlicher Erwerb sich derart vollzieht, daß der Mitinhaber aus dem Geschäft gegen Abfindung austritt und das Kind dadurch Alleininhaber wird. In allen diesen Fällen sind die vorgenommenen Verfügungen genehmigungspflichtig.

Von besonderer Wichtigkeit ist es, daß es sich um ein Erwerbsgeschäft handeln muß, das von dem Kinde, sei es allein, sei es gemeinsam mit einem eventuellen Mitinhaber, als eigenes Geschäft betrieben wird. Die Führung des Geschäfts kann das Kind zwar durch seinen Gewalthaber oder einen Bevollmächtigten vornehmen lassen. Immer aber muß das Kind der Inhaber oder Mitinhaber des Geschäfts sein. Streng hiervon zu scheiden ist die bloße Kapitalbeteiligung. Der stille Gesellschafter, der Kommanditist, der Aktionär betreibt kein eigenes Geschäft, sondern läßt lediglich sein Geld in einem fremden Geschäft arbeiten. Daher ist zum entgeltlichen Erwerb oder zur Veräußerung eines G. m. b. H.-Anteils [184]) oder einer Aktie keine Genehmigung nach § 1822 Z. 3 BGB. erforderlich. Denn hier soll nicht über ein eigenes Erwerbsgeschäft des Kindes verfügt werden, sondern lediglich über seinen Kapitalanteil an dem Erwerbsgeschäft eines Dritten, nämlich der G. m. b. H.

[182]) v. Blume § 1822 Anm. 3; Staudinger § 1367 Anm. 3a.
[183]) RGRKom § 1822 Anm. Z. 3.
[184]) KGJ. 34, 89.

oder der AG. Das gleiche[185]) gilt für den Genossen, den Kommanditisten[186]), den Gesellschafter[187]), denn nicht diese, sondern die Genossenschaft[188]) oder die Gesellschaft[189]) sind die Träger und Inhaber des Erwerbsgeschäfts.

Die strenge, formalistische Ausschöpfung dieses Gedankens würde zu dem Ergebnis führen, daß der Gewalthaber ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung sich zur Verfügung über ein Erwerbsgeschäft verpflichten könnte, wenn dieses beispielsweise in der Form einer G. m. b. H. betrieben würde und das Kind im Besitz sämtlicher Anteile wäre. Es ist aber nicht einzusehen, warum das Kind einen geringeren vormundschaftsgerichtlichen Schutz genießen soll, wenn ihm das Erwerbsgeschäft in Form einer G. m. b. H. zusteht, als wenn das Kind persönlich unmittelbarer Inhaber ist. Das Kammergericht[190]) hat sich unter voller Würdigung der Tatsache, daß juristisch nicht das Kind, sondern die Gesellschaft Inhaber ist, trotzdem in einem Beschluß hierüber hinweggesetzt mit der kühnen Begründung, der „wirtschaftliche Erfolg" müsse über „der juristischen Form" stehen. Damit hat es seine bisherige Rechtsprechung zu dieser Frage aufgeben[191]). Mit Recht ist es, Brodmann[192]) folgend, noch einen Schritt weiter gegangen und hat auch für den Fall, daß das Kind überwiegend Inhaber der Gesellschaft ist, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verlangt[193]). Im einzelnen Fall ist unter Berücksichtigung des Maßes der Beteiligung, der Zahl der Gesellschafter und des persönlichen Verhältnisses zu prüfen, ob die Beteiligung an der Gesellschaft so überwiegend ist, daß das Kind wirtschaftlich als Inhaber des von der Gesellschaft betriebenen Geschäfts angesehen werden muß[194]).

II.

Das Gesetz unterstellt nicht nur die Verpflichtung zur Verfügung über ein Erwerbsgeschäft der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, sondern jeden Geschäfts-Vertrag, der zum

---

[185]) Planck § 1822 Anm. II 3b; Staub § 335 Anm. 25.
[186]) Staub § 161 Anm 6.
[187]) OLG. 21, 290.
[188]) § 17 des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. 5. 1889.
[189]) Wie der Wortlaut des § 335, 1 HGB. angibt.
[190]) KGJ. 34, 89; JW 1926, 600.
[191]) Recht 1908, 62; ZBlFG. 1908, 505.
[192]) Brodmann, GmbH. Kom. § 2 Anm. 6.
[193]) Dasselbe gilt für die offene Handelsgesellschaft lt. OLG. 40, 96.
[194]) Dagegen Staub-Hachenburg GmbH. Kom. § 14 Anm 4, Parisius-Crüger GmbH. Kom. § 15, 147.

Betrieb eines Erwerbsgeschäftes eingegangen wird. Dadurch wird eine Reihe von Fällen erfaßt, die bei der obigen Untersuchung ausgeschieden werden mußten.

Die oben behandelten, genehmigungspflichtigen Erwerbs- oder Veräußerungsverträge beziehen sich auf Erwerbsgeschäfte, deren Allein- oder Mitinhaber das Kind ist; hier handelt es sich jedoch:

a) nicht um Erwerb oder Veräußerung, sondern den Betrieb eines Erwerbsgeschäftes,

b) nicht um ein Erwerbsgeschäft des Kindes, sondern um das Geschäft einer dritten Gesellschaft.

Der Gewalthaber bedarf zu jeder Beteiligung an einem Gesellschaftsvertrage der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Hierunter sind nicht nur die Fälle einzuordnen, in denen das Kind als Gesellschafter im Sinne des BGB. oder als offener Handelsgesellschafter verpflichtet wird, sondern auch als stiller Gesellschafter und Kommanditist[195]). Denn der Wortlaut des Gesetzes läßt erkennen, daß jede Beteiligung am Gesellschaftsvertrag genehmigungspflichtig sein soll. Ferner gehört hierher die Mitwirkung als Gründer[196]) einer AG. oder einer G. m. b. H. Allerdings ist die Beteiligung als Gründer bereits unter dem Gesichtspunkt der Übernahme fremder Schuld genehmigungspflichtig.

III.

Der Gewalthaber ist berechtigt, einzelne Geschäfte oder einen bestimmten Kreis von Geschäften aus dem Gebiet der Vermögensverwaltung einem Dritten zu übertragen und ihm hierzu Vollmacht zu erteilen. Aber er kann ihm nicht mehr Recht erteilen, als er selbst besitzt. Daher bedarf der Bevollmächtigte zu bestimmten Geschäften in gleicher Weise der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wie der Gewalthaber selbst[198]).

Der Prokurist, der durch den Inhaber eines Handelsgeschäfts oder dessen gesetzlichen Vertreter bestellt wird, gilt kraft Gesetzes zur Vornahme aller Rechtshandlungen als ermächtigt, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, § 49, 1 HGB.; er ist insbesondere berechtigt, Geld auf Kredit der Firma aufzunehmen, Wechselverbindlichkeiten einzugehen und Bürgschaften zu übernehmen. Danach reicht der Umfang der Prokura kraft Gesetzes weit über

---

[195]) Goldmann § 41 Anm. 34.

[196]) v. Blume § 1822 Anm. 3; Fuchs § 1822 Anm. 3a.

[197]) Siehe unten § 12 III.

[198]) Dernburg § 113 IV; Fuchs § 1793 Anm. 9; v. Blume § 1793 Anm. 3b; Planck § 1793 Anm. 7; OLG. 5, 410ff; Hans GZ. Beibl 1901, 2; Bayr. OLG. 18, 55.

die Macht des Gewalthabers hinaus. Wenn deshalb der Gewalthaber uneingeschränkt berechtigt wäre, einen Prokuristen zu bestellen, so würde er dem Prokuristen eine freiere Rechtsstellung verleihen, als er selbst besitzt. Um diese Folge zu vermeiden, macht das Gesetz die Erteilung [199]) einer Prokura von der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht abhängig [200]). Die Erteilung der Prokura ist ein einseitiges Rechtsgeschäft; entbehrt es der Genehmigung, so ist es unwirksam, § 1831 BGB. [201]), selbst wenn die Prokura im Handnelsregister eingetragen ist. Ist dagegen die Prokura mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung erteilt, so hat sie den vollen Umfang des § 48 HGB.; der Prokurist braucht zu bestimmten Geschäften nicht die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1643 BGB. einzuholen [202]).

Die Genehmigung ist grundsätzlich nicht erforderlich, wenn der Prokurist für eine Gesellschaft bestellt wird, an welcher das Kind lediglich beteiligt ist [203]). Denn dann wird der Prokurist nicht vom Gewalthaber, sondern von der Gesellschaft als „Inhaberin" des Ewerbsgeschäfts im Sinne des § 48 HGB. bestellt. Aber aus den oben erörterten Gründen ist trotzdem ausnahmsweise eine Genehmigung dann erforderlich, wenn das Kind alleiniger Inhaber der Gesellschaft (z. B. sämtlicher Anteile einer G. m. b. H.) ist oder wenn das Kind so überwiegend beteiligt ist, daß die Gesellschaft wirtschaftlich als dem Kind gehörig angesprochen werden kann.

§ 12.

Geldgeschäfte.

I. Geldaufnahme.

Die Aufnahme von Geld bedeutet regelmäßig eine erhebliche Gefahr für das Vermögen des Kindes. Deshalb [204]) bedarf der Gewalthaber der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Der Gewalthaber muß versuchen, die Verwaltung des Kindesvermögens tunlichst mit den vorhandenen Mitteln durchzuführen und soll nur ausnahmsweise Kredit aufnehmen.

---

[199]) Natürlich nicht den Widerruf; Staudinger § 1822 Anm. Z. 11.
[200]) Mot. IV, 1145.
[201]) Fuchs § 1822 Anm. 11; Planck § 1822 Anm. 11; Staudinger § 1822 Anm. Z. 11; A. A.: Staub § 48 Anm. 4; KGJ. 38, 35 ff.
[202]) Goldmann § 41 Anm. 43; Staub § 48 Anm. 4; RGZ. 106, 185 ff.
[203]) Kipp § 115 II 14 Anm. 27; RGR Kom § 1822 Anm. 5; Staudinger § 1822 Anm. Z. 11; OLG. 27, 396 ff; DJZ. 1913, 1444.
[204]) Mot. IV, S. 1144; RGRKom § 1822, 8—11.

§ 1822 Z. 8 BGB. unterstellt alle Geschäfte der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, die auf die Beschaffung von Geld auf Kredit des Kindes gerichtet sind, ohne Rücksicht darauf, in welche Rechtsform sie gekleidet sein mögen [205]). Die Geldaufnahme geschieht im Wege des Darlehens [206]), des Schuldanerkenntnisses oder des Schuldversprechens [207]), auch des Kontokurrents [208]). Ob das Kind dem Gläubiger für die Schuld eine Sicherheit stellt, sei es einen Bürgen, sei es eine dingliche Sicherheit, spielt hierbei keine Rolle [209]); denn die Gefahr bleibt ja für das Kindesvermögen gleich groß, ob Sicherheit geleistet ist oder nicht; lediglich auf setens des Gläubigers wird die Gefahr gemildert. Geldaufnahmegeschäft im Sinne des § 1822 Z. 8 BGB. liegen in der Regel nicht vor, wenn dem Kinde bei gegenseitigen Verträgen die Leistung gestundet wird. Dies ist insbesondere bei den Kaufverträgen der Fall [210]), wenn dem Kinde Ratenzahlung bewilligt ist oder wenn der gesamte Kaufpreis später fällig sein soll. Denn der Kauf ist auf den Erwerb der gekauften Sache, nicht auf die Aufnahme von Geld auf Kredit des Kindes gerichtet.

Strittig ist die Frage, ob die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, wenn der Gewalthaber z. B. eine Kaufpreisschuld des Kindes in eine Darlehensschuld umwandelt [211]), § 607, 2 BGB. Diese Frage kann nicht allgemein beantwortet werden, vielmehr bedarf der einzelne Fall stets besonderer Prüfung. Das römische Recht kannte nur eine Form des Vereinbarungsdarlehens, indem es die ursprüngliche Schuld als durch Zahlung erloschen und das gezahlte Geld wiederum als an den Schuldner als Darlehen zurückgegeben betrachtete; dabei sah es jedoch von der tatsächlichen Durchführung der Hin- und Rückgabe ab [212]). Die alte Schuld ist nach römischem Recht also erloschen: der Schuldner nimmt (der Konstruktion nach durch Realkontrakt) ein Darlehen auf. Ein so gearteter rechtlicher Vorgang ist auch nach geltendem Rechte noch möglich [213]). Liegt ein solcher Fall vor, so bedarf der Gewalthaber der Genehmigung; denn er nimmt an Stelle der alten Schuld nunmehr ein Darlehen auf. Aber häufig liegt nur eine Abänderung, keine Aufhebung des ersten

---

[205]) Goldmann § 41, 1, S. 284; JW 1912, 590; OLG. 20, 289.
[206]) Auch des Darlehensvorvertrages, v. Blume zu § 1822 II, 8.
[207]) Staudinger zu § 1822, 8; OLG. 21, 289; JW 1912 S. 590 (10).
[208]) Planck § 1822 II 8; RGR Kom § 1822 Anm. 8—11.
[209]) Fuchs § 1822 Anm. 8; OLG. 5, 409 ff; ZBl FG. 3, 302; Pos Mon Schr. 1902, 127. Vgl. auch Sächs. A. 1912, 425; Recht 1912 Nr. 3100.
[210]) JW 1912, 590 (10).
[211]) Planck § 1822 Anm. II 8 und Fuchs § 1822 Anm. 8 verneinen; v. Blume § 1822 Anm. 8 bejaht.
[212]) Enneccerus I 2 § 625 II.
[213]) RGR Kom § 607 Anm. 6 b; Enneccerus I 2 § 265 II.

Schuldverhältnisses vor[214]): die Kaufpreisschuld soll beispielsweise vereinbarungsgemäß wegen der Verzinsung oder wegen der vorzeitigen Fälligkeit bei Vermögensverfall des Schuldners wie ein Darlehen behandelt werden. Dann ist eine Genehmigung für den Gewalthaber nicht erforderlich; denn es handelt sich noch um die alte, wenn auch abgeänderte Schuld. Ob im einzelnen Fall eine Aufhebung oder eine Abänderung der alten Schuld gegeben ist, muß aus dem Willen der Parteien, der wirtschaftlichen Bedeutung und den näheren Umständen des Falls entnommen werden[215]).

Steht das Kind gemeinsam mit einem Dritten in einem Gesellschaftsverhältnis, so bedarf der dritte Gesellschafter nicht der Genehmigung, wenn er einen Kredit aufnimmt. Denn der Kredit wird nicht dem Kinde, sondern der Gesellschaft als selbständigem Rechtssubjekt gewährt[216]). Dieser Satz kann nicht, wie es in Literatur und Rechtsprechung geschieht[216]), uneingeschränkt gelten. In analoger Anordnung der neueren Rechtsprechung des Kammergerichts[217]) zu § 1822, 3BGB. muß auch hier der „wirtschaftliche Erfolg über die juristische Form" gestellt werden. Daher ist in den Fällen, wo nach der Zahl der Gesellschafter, dem Umfang der Beteiligung und den persönlichen Verhältnissen des Kindes die Gesellschaft wirtschaftlich überwiegend Bestandteil seines Vermögens ist, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Aufnahme von Geldern für diese Gesellschaft notwendig. Für den Fall, daß das Kind sämtliche Anteile besitzt, räumt nunmehr auch Hachenburg[218]) die Genehmigungspflichtigkeit einer Kreditaufnahme ein.

II. Wertpapiere.

Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist erforderlich zur Ausstellung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber oder zur Eingehung von Verbindlichkeiten aus Wechseln oder aus anderen indossabelen Papieren. Der Schutz durch das Vormundschaftsgericht ist erforderlich[219]), weil dem Kinde aus derartigen Verbindlichkeiten leicht große finanzielle Schädigungen entstehen können.

Eine Inhaberschuldverschreibung ist jede Urkunde, in welcher der Aussteller dem Inhaber eine Leistung verspricht. Die Leistung

---

[214]) RGR Kom § 607 Anm. 6 a.
[215]) Enneccerus a. a. O.; JW 1918, 302; Warn 1919 Nr. 149
[216]) Staudinger § 1822 Anm. 8 γ; Bayr. OLG 2, 847 ff.
[217]) JW 1926, 600. Dagegen Düringer-Hachenburg. GmbH Kom. § 13, Anm. 1.
[218]) JW 1926, 600.
[219]) Weinschenk, Recht 1920, 79.

kann eine Geldsumme oder einen anderen Gegenstand zum Inhalt haben [220]). Handelt es sich um die Ausstellung einer Inhaberschuldverschreibung, in der die Zahlung einer Geldsumme versprochen wird, so ist außer der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung noch die staatliche Genehmigung notwendig, ehe die Papiere in den Verkehr gebracht werden dürfen. Die staatliche Genehmigung ersetzt niemals die etwa fehlende vormundschaftsgerichtliche Genehmigung [221]). Denn diese wird vom Gericht, jene von einer Verwaltungsbehörde erteilt.

Während bei den Inhaberschuldverschreibungen naturgemäß nur die Ausstellung dieser Papiere der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, ist bei den indossabelen Papieren die Eingehung jeder papiermäßigen Verbindlichkeit genehmigungspflichtig. Es macht keinen Unterschied, ob das Kind als Aussteller, Indossant oder Akzeptant auftritt [222]).

Außer dem Wechsel, dem Scheck und der Namensaktie, die kraft Gesetzes indossabel sind [223]), fallen die in § 363 HGB. genannten, gewillkürten Papiere unter § 1822 Z. 9 BGB. Diese sind: die kaufmännische Orderanweisung, der kaufmännische Orderverpflichtungsschein, das Orderkonossement [224]), der Orderladeschein [225]) und Orderlagerschein [226]), der Orderbodmereibrief und die Ordertransport-Versicherungspolice.

Ist eine vom Gewalthaber für das Kind eingegangene Wechselverbindlichkeit infolge mangelnder Genehmigung unwirksam, so haftet der Gewalthaber gemäß Art. 95 WO., wie das Kind gehaftet haben würde, wenn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erteilt worden wäre. Das Gesetz spricht zwar nur von Vormündern und anderen Vertretern; jedoch sind unter dieser allgemeinen Fassung auch elterliche Gewalthaber zu verstehen [227]).

Ein Indossament ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung verpflichtet das Kind nicht. Damit wird jedoch nur die Garantiefunktion des Wechsels aufgehoben; die Transportfunktion bleibt hinsichtlich des unwirksamen Indossaments bestehen, so daß der nachfolgende Indossator seine Wechsel-Legitimation nicht verliert [228]). Der Gewalthaber ist ohne Genehmigung berechtigt, ein

---

[220]) Planck § 1822 Anm. II 9.
[221]) Kipp § 115 II 12; Goldmann § 41 Anm. 40.
[222]) Planck § 1822 Anm. II 9.
[223]) Art. 9 WO; § 8 SchG.
[224]) § 450 HGB.
[225]) § 647 HGB.
[226]) § 424 HGB.
[227]) Staub-Stranz § 95 Anm. 3.
[228]) Staub-Stranz § 95 Anm. 3; Weinschenk, Recht 1920, 79; Breit DJZ 1908, 240.

rein transportierendes Indossament für das Kind zu geben. Denn dadurch geht das Kind keine Wechselverbindlichkeiten ein. Die Wechselordnung kennt dieses reine Transportindossament in Art. 14 Satz 2 („ohne Gewährleistung", „ohne Obligo"). Wenn deshalb mangels Genehmigung die Garantiefunktion des Wechselindossaments nicht in Wirksamkeit treten kann, so bleibt stets der Transport- und Legitimationseffekt bestehen.

Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts braucht auf dem Wertpapier nicht besonders vermerkt zu werden. Jedoch ist die Aufnahme für die Beteiligten zweckmäßig[229]), weil dann regelmäßig das Papier allein als Beweismittel zur Durchführung des Urkunden- oder Wechselprozesses genügen wird.

III. Übernahme fremder Schuld.

Der Gewalthaber darf ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts keine fremde Verbindlichkeit übernehmen, insbesondere keine Bürgschaft eingehen.

Unter diese Bestimmung fällt jede Schuldübernahme, sowohl die privative, § 414 BGB., als auch die kumulative Schuldübernahme, § 415, 3 BGB.[230]). Die ausdrückliche Erwähnung der Bürgschaft als Beispiel beweist, daß das Gesetz an die Übernahme fremder Schulden im weitesten Sinne denkt und damit die kumulative Schuldübernahme einbegreifen will.

Zweifelhaft ist, ob auch die Erfüllungsübernahme des § 329 BGB. unter § 1822 Z. 10 BGB. zu stellen ist. Die Frage ist zu bejahen[231]). Es ist zwar richtig, daß im Regelfall des § 329 BGB. nicht wörtlich eine „Schuld" übernommen wird, sondern lediglich dem Schuldner gegenüber die Leistung versprochen wird, ohne daß der Gläubiger selbst einen Anspruch gegen den Versprechenden zu erlangen pflegt. Diese gar zu buchstäbliche Auslegung wird aber dem Gedanken des § 1822 Z. 10 BGB. nicht gerecht. Das Gesetz will, daß das Kind nicht ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in die Haftung für fremde Schulden eintritt. Darnach macht es keinen Unterschied, ob das Kind vom Schuldner oder vom Gläubiger zur Zahlung der fremden Schuld gezwungen werden kann. In beiden Fällen ist die wirtschaftliche Situation und die finanzielle Gefährdung im Grunde genau die gleiche. Es ist

---

[229]) Planck § 1822 Anm. II 9; WarnKom § 1822 Anm. VIII.

[230]) Goldmann § 41 Anm. 42; Staudinger § 1822 Z. 10 Anm. β; RGR Kom § 1822 Anm. 3, Nr. 8—11; OLG 9, 462; KGJ 51, 175.

[231]) Warn Kom § 1822 Anm. IX; Planck § 1822 Anm. II 10; Fuchs § 1822 Anm. 16; A. A.: Staudinger § 1822 Z. 10 β.

ferner ohne Bedeutung, ob die Schuldübernahme unmittelbar auf einem Rechtsgeschäft beruht oder nur mittelbar als gesetzliche Folge eines Rechtsgeschäfts eintritt [232]). So ist insbesondere der Beitritt zu einer eingetragenen Genossenschaft [233]) oder die Beteiligung an der Gründung einer GmbH. [234] oder einer Aktiengesellschaft unter dem Gesichtspunkt genehmigungspflichtig, daß darin infolge der gesetzlichen Haftungsvorschriften fremde Verbindlichkeiten übernommen werden. Jeder Gründer einer GmbH. haftet der Gesellschaft auf die volle Einzahlung sämtlicher Einlagen, § 24 GmbH-Gesetz. Die Genossen einer eingetragenen Genossenschaft haften den Gläubigern unter den Voraussetzungen der §§ 141, 122 Genossenschafts-Gesetz unmittelbar. Eine ähnliche Haftung für fremde Schuld übernehmen die Gründer einer Aktiengesellschaft bei der Zeichnungsgründung.

Weitere Fälle, in denen das Gesetz an ein Rechtsgeschäft Wirkungen knüpft, die eine Übernahme fremder Verbindlichkeiten darstellen, enthalten beispielsweise § 25 und § 394 HGB. sowie § 420 BGB. Zahlreiche Fälle bedürfen jedoch bereits unter anderen Gesichtspunkten der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. So fällt die Teilnahme an der Gründung einer Gesellschaft meistens bereits unter § 1822, 3; eine Geschäftsübernahme gleichfalls unter § 822, 3 sowie eventuell unter § 1822, 1 BGB.

Ferner bedarf die Erteilung eines Kreditauftrages der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts [235]). Denn § 778 BGB. knüpft an dieses Rechtsgeschäft eine Bürgen-Haftung des Auftraggebers für die Verbindlichkeit des Kreditschuldners.

Die Übernahme einer dinglichen Haftung kann eine Übernahme fremder Schuld enthalten, wenn eine Hypothek oder eine Forderung verpfändet oder zur Sicherheit abgetreten wird [236]). Zu den für das Kindesvermögen fremden Verbindlichkeiten gehören natürlich auch Schulden des Gewalthabers [237]).

Wenn der Gewalthaber ein Grundstück für das Kind erwirbt und Belastungen in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt, so

---

[232]) Planck § 1822 Anm. VI 10; Fuchs § 1822 Anm. 10; A. A.: v. Blume § 1822 Anm. II 10 mit dem Hinweis, daß meistens eine Möglichkeit zur Beschränkung der gesetzlichen Haftung bestehe.

[233]) WarnKom § 1822 Anm. IX; Kipp § 115, II, 13 Anm. 26; OLG 27, 367 ff; KGJ 30, 149; Moses, IH Jahrb. 53, 417 ff.

[234]) WarnKom § 1822 Anm. IX; Planck § 1822 Anm. II 10; Staudinger § 1822 Z. 10; δ; KGJ 44, 142; Recht 1913 Nr. 2742.

[235]) v. Blume § 1822 Anm. II, 10.

[236]) Planck § 1822 Anm. II 10; v. Blume § 1822 Anm. II 10; Fuchs § 1822 Anm. 10; Staudinger § 1822 Z. 10 β; RGZ 63, 76; 75, 360; 76, 89; JW 1906, 337 (15); 1915, 141 (6); Recht 1912 Nr. 882; Seuff A 63 Nr. 15; Bayr. OLG 308, 127; Hans GZ. 16 Beiblatt 95.

[237]) Goldmann § 41 Anm. 42; Staudinger § 1822 Z. 10 β.

liegt an sich darin eine Haftungsübernahme für fremde Verbindlichkeiten. Daher wird zur Übernahme von Hypotheken die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gefordert [238]). Diese Auffassung trifft jedoch nicht zu. Es ist bereits oben zu § 1821 Abs. 1 Z. 1 BGB. ausgeführt worden, daß die Eintragung einer Restkaufgeldhypothek beim Erwerb eines Grundstückes genehmigungsfrei ist. In gleicher Weise wie die Bestellung einer Restkaufgeldhypothek für den gestundeten Kaufpreis bedarf auch die Übernahme bereits bestehender Hypotheken unter Verrechnung auf den Kaufpreis nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Denn wer Hypotheken bestellen darf, kann auch bestehende Hypotheken übernehmen; wer sich den Kaufpreis gegen hypothekarische Sicherheit stunden lassen darf, kann die Kaufpreisschuld durch Hypothekenübernahme sofort zum Erlöschen bringen. Dieses Ergebnis hat das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 110, S. 173 ff als natürliche und logische Folge seines Standpunktes zu der Restkaufgeldhypothek [239]) gezogen [240]). Entgegen der herrschenden Meinung ist als weitere Konsequenz dieser Auffassung hervorzuheben, daß der Gewalthaber, der in der Zwangsversteigerung ein Grundstück erstanden hat, zu der Vereinbarung [241]) mit einem Berechtigten auf Übernahme seines Grundstücksrechtes gleichfalls nicht die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts braucht [242]).

§ 13.

Abschluß langfristiger Verträge.

Der Gewalthaber ist grundsätzlich berechtigt, Verpflichtungen einzugehen, welche über die Dauer der elterlichen Gewalt hinaus wirksam sein oder erst nach der Beendigung der elterlichen Gewalt in Wirksamkeit treten sollen [243]). Nur in einem Falle hat das Gesetz der Vertretungsmacht in dieser Hinsicht Schranken gezogen: zum Abschluß von Miet- und Pachtverträgen und anderen Verträgen, durch die das Kind zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird, ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung

---

[238]) Planck § 1822 Anm. II 10. Staudinger § 1822 Z. 10 β; WarnKom § 1822 Anm. IX; Kipp § 115 II 13; OLG 4, 240; 9, 461; 33, 363; Bayr. OLG 3, 646; 4, 945.

[239]) RGZ 108, 364.

[240]) Dies gilt jedoch nur für den Gewalthaber, nicht den Vormund; denn dieser ist durch § 1821 Abs. 1 Z. 4 stärker beschränkt.

[241]) § 91 Abs. 2 und 3 ZVG.

[242]) A. A.: Nothmann, DJZ 1909, 823 ff; Goldmann § 41 Anm. 43.

[243]) RGRKom § 1793 Anm. 3; Josef, Württ. Z 57, 321 ff.

erforderlich, wenn der Vertrag das Kind über sein zweiundzwanzigstes Lebensjahr hinaus verpflichten würde. Diese Beschränkung der Vertretungsmacht ist geboten, weil das Kind sonst durch die lange Dauer solcher Verträge in seiner späteren Selbständigkeit stark beengt und beeinträchtigt werden würde.

Die gesetzliche Beschränkung umfaßt alle Miet-[244]) und Pachtverträge[245]), ob sie bewegliche Sachen oder Grundstücke zum Gegenstand haben, ob das Kind als Mieter oder Vermieter auftritt[246]). Ferner unterliegen alle anderen Verträge der Genehmigung, durch die das Kind zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird. Hierhin gehören Versicherungsverträge[247]), Leibrentenverträge[248]) und andere Unterhaltsverträge. Als besonders häufiges Beispiel tritt die Eingehung einer Verpflichtung des Kindes als Vater eines unehelichen Kindes zur Unterhaltsleistung auf[249]), § 1708 BGB. Um die mannigfache Fülle der Rechtsgeschäfte zu umgrenzen, die unter § 1822, 5 BGB. fallen, sei folgendes grundsätzlich gesagt:

a) Es muß sich um Verträge handeln. Daher untersteht nicht der Genehmigung die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft, § 1718 BGB.[250]). Denn die Anerkennung ist kein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft[251]). Hinzu kommt, daß diese Anerkennung nur den Verzicht auf die Einrede mehrerer Beischläfer darstellt, aber allein und durch sich selbst keine Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen begründet.

b) Die Leistungen müssen wiederkehrend sein; dies bedeutet, daß der Zweck des Vertrages gerade durch die Wiederkehr der Leistungen erreicht wird. Strittig ist die Frage, ob ein Kaufvertrag genehmigungspflichtig ist, durch den das Kind über sein zweiundzwanzigstes Lebensjahr hinaus zur Zahlung von Kaufpreisraten verpflichet wird. Nach der oben gegebenen Definition fällt ein solcher Kaufvertrag nicht unter § 1822, Ziffer 5 BGB.[252]). Denn die Raten stellen nicht wiederkehrende Leistungen dar, sondern sind nur Teile einer einzigen Leistung[253]), Teilleistungen im Sinne des § 266 BGB.

---

[244]) §§ 535 ff BGB.
[245]) §§ 581 ff BGB.
[246]) Goldmann § 41 Anm. 35.
[247]) Mot IV S. 1142, auch JW 1920, S. 375 ff; 1923, 307 ff.
[248]) Goldmann § 41 Anm. 36.
[249]) Winter DJZ 08, 1166 ff; Recht 06 S. 118; Josef, Recht 11 S. 513 Nr. 3; Bayr. OLG 6, 734; KGJ 46 A 51; Z BlFG 4, 318; 6, 766; OLG 12, 325; 31, 151.
[250]) RGRKom § 1718 Anm. 2; Fuchs zu 5 a—b; OLG 30, 150.
[251]) RGZ 58, 353; KGJ 46, 59.
[252]) Staudinger § 1822 Anm. Z. 5; Planck § 1822 Anm. II 5. A. A.: Fuchs § 1822 Anm. 5 b; Goldmann § 41 Anm. 36; WarnKom Anm. III.
[253]) v. Blume § 1822 Anm. II 5.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes sind Verträge auf wiederkehrende Leistungen dann genehmigungspflichtig, wenn sie länger als ein Jahr nach der Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres des Kindes fortdauern sollen. Der Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres steht nicht die Volljährigkeitserklärung gleich [254]) [255]). Dies ergibt sich einmal aus der ausdrücklichen Bezifferung der Alterszahl im Gesetz; ferner müßte in einer Reihe von Fällen eine bedenkliche Rechtsungewißheit entstehen; denn man könnte vorher nie wissen, ob ein Vertrag, der bis zum zweiundzwanzigsten Lebensjahre des Kindes bestehen soll, nicht auf einmal sich als nichtig herausstellt, weil das Kind früher für volljährig erklärt wird.

Der für das Kind geschlossene Vertrag, welcher die zulässige Dauer überschreitet und nicht vom Vormundschaftsgericht genehmigt worden ist, ist nichtig, wenn anzunehmen ist, daß ihn die Parteien auch nur in den zeitlich zulässigen Grenzen geschlossen haben würden, § 139 BGB. [256]). In der Regel ist jedoch zu vermuten, daß die Parteien den Vertrag als einheitliches Ganzes wollen [257]). Nur besondere Umstände können die Annahme rechtfertigen, daß der Vertrag auch geschlossen worden wäre, wenn die Parteien gewußt hätten, daß sie ihn nur bis zum Ablauf des 22. Lebensjahres des Kindes wirksam schließen konnten [258]). Aus diesen Gründen ist die Meinung von Opet [259]), ein solcher Vertrag sei unbedingt bis zum vollendeten 22. Lebensjahre wirksam, unhaltbar. Denn sie steht mit § 139 BGB. in Widerspruch. Die Parteien würden oft an ein Bruchstück und einen Teil eines Vertrages gefesselt werden, den sie als bloßen Teilvertrag nie gewollt und geschlossen hätten.

Ein Vertrag, der auf unbestimmte Zeit geschlossen ist, ist grundsätzlich genehmigungspflichtig. Mit Recht wird jedoch dann eine Ausnahme von diesem Grundsatze gemacht, wenn der Vertrag kraft Vereinbarung oder kraft gesetzlicher Bestimmung mit längstens einjähriger Kündigung aufgehoben zu werden vermag [260]).

---

[254]) Mot IV 1142; Staudinger § 1822 Anm. Z. 5; Planck § 1822 II 5; Goldmann § 41 Anm. 37.

[255]) Ähnlich wie in den §§ 1305, 1726, 1747 BGB.

[256]) Fuchs § 1822, 5 c; v. Blume § 1822 II 5; RGR Kom. § 1793 Anm. 3.

[257]) RGZ 72, 218.

[258]) RGR Kom § 1793 Anm. 3; JW 1913, 307 ff; 1913, 687 (5); RGZ 82, S. 124 ff.

[259]) Opet § 1822 S. 230 Note 67.

[260]) Staudinger § 1822 Anm. 5 γ; v. Blume § 1822 II 5; Planck § 1822 II 5; Endemann § 224 Anm. 57.

3. Abschnitt.

§ 14.

Beschränkung durch Beistandschaft.

Das Gesetz will der Muter bei der Ausübung der elterlichen Gewalt nicht unbedingt dieselbe freie Stellung einräumen wie dem Vater. Deshalb ist das Institut der Beistandschaft als Mittel der Beschränkung für die elterliche Gewalt der Mutter geschaffen worden. Dieser Beschränkung unterliegt die Mutter jedoch nicht von vornherein und von Gesetzeswegen, sondern nur kraft besonderer Anordnung des Vormundschaftsgerichts. Die Bestellung eines Beistandes erfolgt entweder, wenn es der Vater durch letztwillige Verfügung bestimmt hat, oder wenn es die Mutter beantragt hat, oder wenn es von Amts wegen durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts angeordnet wird. Voraussetzung ist in allen Fällen, daß die Mutter die elterliche Gewalt inne hat[261]). Sonst bedarf es der Bestellung eines Vormundes; denn ein Beistand ist nur neben der elterlichen Gewalt möglich. Das Gericht kann für ein Kind mehrere Beistände und für mehrere Kinder einen Beistand bestellen[262]).

Das Vormundschaftsgericht hat einen Beistand zu bestellen, wenn es der Vater durch letztwillige Verfügung in einem Testament oder als einseitige Verfügung in einem Erbvertrage anordnet[263]). Da dieses Anordnungsrecht ein Ausfluß der elterlichen Gewalt des Vaters ist, so kann dieser infolge des öffentlich rechtlichen Charakters derselben nicht durch Vertrag wirksam darauf verzichten[264]). Andererseits entfällt das Anordnungsrecht, wenn dem Vater die Vertretung hinsichtlich der die Person und das Vermögen des Kindes betreffenden Angelegenheiten fehlt, § 1777 BGB. Das Fehlen lediglich einzelner Vertretungsbefugnisse schadet aber nicht[264]). Hat der Vater eine bestimmte Person zum Beistande bestimmt, will oder kann diese jedoch das Amt nicht annehmen, so ist es Tatfrage[265]), ob die Beistandschaft nur für den Fall angeordnet ist, daß die bestimmte Person Beistand wird, oder ob die Anordnung auch sonst gelten soll.

Der Vater kann den Umfang der Beistandschaft umgrenzen,

---

[261]) v. Blume § 1687 Anm. II 1; Staudinger § 1687 Anm. III; Goldmann § 46 I; OLG 34, 268; KGJ 34, 35; 50, 26.

[262]) RGR Kom § 1687 Anm. 1; v. Blume § 1687 Anm. III; Staudinger § 1687 Anm. III; Goldmann § 46 II.

[263]) RGRKom § 1777 Anm. 1; WarnKom § 1777; v. Blume § 1777 Anm. 3.

[264]) Kipp § 86 Anm. 3; WarnKom § 1687; v. Blume § 1687 Anm. II 2 a; Planck § 1687 Anm. 1 a; Fuchs § 1777 Anm. 2; A. Schmidt, Bayr. NZ 1904, 95.

[265]) v. Blume § 1777 Anm. 2; Fuchs § 1777 Anm. 1; Staudinger § 1777 Anm. 1.

§1688 Abs. 3. Aber er vermag keine bindenden Anordnungen für Inhalt und Art der Verwaltung zu treffen. Hiervon ist der selbstverständliche Fall auszunehmen, daß der Vater in seiner Eigenschaft als Erblasser gemäß § 1639 BGB. bindende Anordnungen für die Verwaltung letztwillig zugewendeter Gegenstände trifft[266]).

Eine beschränkende Anordnung nach § 1687 BGB. durch letztwillige Verfügung ist auch dann zulässig, wenn das Kind beim Tode des Vaters noch nicht geboren ist, sofern nur der Vater zu der Anordnung berechtigt sein würde, falls das Kind vor seinem Tode geboren wäre, § 1777 Abs. 2 BGB. Der Umstand andererseits, daß die Tochter bereits verheiratet ist, steht der Anordnung nicht im Wege[267]); denn gemäß § 1633 BGB. hat der Vater die elterliche Gewalt einschließlich der Vertretung in den persönlichen Angelegenheiten der Tochter behalten.

Das Vormundschaftsgericht[268]) muß ferner einen Beistand bestellen, wenn es die Mutter beantragt. Eine Prüfung der Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit der Bestellung ist nicht zulässig. Im Gegensatz zum Vater hinsichtlich der letzwilligen Verfügung besitzt die Mutter kein Vorschlagsrecht. Sie kann aber ihren Antrag von der Bedingung[269]) abhängig machen, daß eine bestimmte Person zum Beistand bestellt wird. Dem Umfang nach ist sie berechtigt, die Bestellung für die gesamte Vermögensverwaltung oder einen Teil der Vermögensverwaltung zu beantragen, § 1693 BGB.

Endlich ist das Vormundschaftsgericht verpflichtet, von Amts wegen einen Beistand zu bestellen, wenn die Mutter die Vermögensverwaltung wegen des großen Umfangs oder erheblicher Schwierigkeiten oder infolge persönlicher Unbeholfenheit nicht allein zu führen vermag[270]); ferner ist in den Fällen der §§ 1666/1 BGB., wenn also das geistige oder leibliche Wohl des Kindes sein Unterhaltsanspruch oder sein Vermögen gefährdet wird oder die Mutter in Vermögensverfall gerät, ein Beistand zu bestellen. In diesem letzten Falle kann das Gericht entweder die nach § 1667 BGB. zulässigen Maßregeln ergreifen oder einen Beistand bestellen oder beides nebeneinander vornehmen[271]). Die Befugnis des Vor-

---

[266]) v. Blume § 1687 Anm. 1; Goldmann § 46 Anm. 7; Staudinger § 168 Anm. II 1 c und e.

[267]) Planck § 1777 Anm. 1 b; v. Blume § 1777 Anm. 2; Fuchs § 1777 Anm. 1 Staudinger § 1777 Anm. 1 b; WarnKom § 1777.

[268]) WarnKom § 1687; Staudinger § 1687 II 2; Planck § 1687 Anm. 1 b Goldmann § 46 I 2.

[269]) Goldmann § 46 I 2; v. Blume § 1687 Anm. II, 2 b; Staudinger § 168 Anm. II 2; WarnKom § 1687; KGJ 34, 37.

[270]) Goldmann § 46 Anm. 12; RGRKom § 1687 Anm. 4; WarnKom § 1687 Staudinger § 1687 II 3 a; OLG 7, 77; Bayr OLG 4, 89; 7, 7.

[271]) v. Blume § 1687 Anm. II 2 c; Staudinger § 1687 Anm. II 3 b; WarnKom § 1687.

mundschaftsgerichts zur Bestellung eines Beistands von Amts wegen beruht auf zwingendem Recht, so daß sie der Vater nicht durch eine letztwillige Verfügung auszuschließen imstande ist [272]).

Das Gesetz kennt sowohl eine beschränkende als auch eine ausschließende Beistandschaft.

Die Vermögensverwaltung der Mutter wird durch die Bestellung des Beistandes regelmäßig beschränkt; ist aber dem Beistande die Vermögensverwaltung ganz oder teilweise übertragen, so ist die Vermögensverwaltung der Mutter insoweit ausgeschlossen [273]). Der gewöhnliche Beistand hat eine dem Gegenvormund angeglichene Stellung; die Vermögensverwaltung verbleibt der Mutter. Der Verwaltungsbeistand hingegen übt die der Mutter entzogene Verwaltung des Kindesvermögens wie ein Pfleger selbständig und unter eigener Verantwortung aus [274]). Das Vormundschaftsgericht entscheidet über den Antrag der Mutter auf Übertragung der Vermögensverwaltung an den Beistand nach freiem Ermessen, wie die „Kann"-Vorschrift des § 1693 BGB. ergibt [275]). Dagegen ist das Gericht, wie oben dargetan, zur Bestellung eines gewöhnlichen Beistandes auf Antrag der Mutter schlechthin verpflichtet.

Der Verwaltungsbeistand ist danach streng vom gewöhnlichen Beistand zu scheiden; er interessiert im Rahmen dieser Arbeit nicht näher, da er die elterliche Verwaltung der Mutter nicht beschränkt, sondern gänzlich ausschließt [276]). Der gewöhnliche Beistand hat nicht selbst die Verwaltung des Kindesvermögens und die gesetzliche Vertretung inne, sondern unterstützt und überwacht die Mutter, die die Verwaltung und gesetzliche Vertretung des Kindes unter eigener Verantwortung ausübt.

Die Mutter ist in ihrer elterlichen Vermögensverwaltung dadurch beschränkt, daß sie zu allen Geschäften, bei denen ein Vormund die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormundes gebraucht, die Genehmigung des Beistandes einholen muß. So weit aber die Mutter schon in ihrer Eigenschaft als Gewalthaber der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, ist die Zustimmung des Beistandes nicht mehr nötig. Die Genehmigung des Beistandes kann stets durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Die Mutter ist nicht gezwungen, erst zu versuchen, die Genehmigung des Beistandes zu erlangen, sondern kann sich sogleich an das Vormundschaftsgericht wenden [277]).

---

[272]) Staudinger § 1687 Anm. II 3 d.

[273]) Kipp § 86 III 6; Staudinger § 1693 Anm. 2 a; WarnKom § 1693; Bayr. OLG 13, 13 ff; KGJ 34, 38.

[274]) OLG 23, 416.

[275]) Goldmann § 46 Anm. 20; RGR Kom § 1693 Anm. 1; Planck § 1693 Anm. 1; WarnKom § 1693; A. A.: v. Blume § 1693 Anm. 2.

[276]) Siehe hier § 2 II.

[277]) v. Blume § 1690 Anm. 3; Staudinger § 1690 Anm. 2.

Die Mutter bedarf im einzelnen der Genehmigung des Beistandes zu einem Vertrage, der auf den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks oder eines Rechts an einem Grundstück mit Ausnahme von Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden gerichtet ist. Dies gilt auch dann, wenn ein Vorkaufsrecht oder Wiederkaufsrecht [278]) ausgeübt wird, da diese Verträge in gleicher Weise wie die gewöhnlichen Kaufverträge den Erwerb eines Grundstücks bezwecken. Ferner muß der Beistand einem Pachtvertrag über ein Landgut oder über einen gewerblichen Betrieb zustimmen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob das Kind Pächter oder Verpächter ist [279]). Die Zustimmung ist weiter zu einem Erbteilungsvertrage notwendig. Endlich muß der Beistand der Eingehung von Dienst- und Arbeitsverhältnissen, insbesondere von Lehrverträgen zustimmen, die auf länger als ein Jahr geschlossen werden. Diese Vorschrift wird hauptsächlich für Lehrverträge von praktischer Bedeutung sein, da andere Arbeitsverträge nicht auf so lange Zeit geschlossen zu weden pflegen. Bei einem Lehrvertrage ist die Zustimmung des Beistandes ohne Rücksicht darauf erforderlich, ob das Kind als Arbeitgeber oder als Arbeitnehmer auftritt, bei einem gewöhnlichen Arbeitsvertrage dagegen nur, wenn sich das Kind zu persönlichen Leistungen verpflichtet, in der Regel also Arbeitnehmer ist [280]). Ferner hat der Beistand einem Vergleich oder einem Schiedsvertrag zuzustimmen, wenn der Wert des Gegenstandes des Vergleichs oder des Schiedsvertrages unschätzbar ist, oder, wenn der Wert zwar schätzbar ist, aber 300 RM. übersteigt. Aber auch ein schätzbarer Vergleich von einem geringeren Wert als 300 RM. kann genehmigungspflichtig sein, wenn er zugleich ein anderes genehmigungspflichtiges Rechtsgeschäft enthält. Weiterhin ist die Zustimmung des Beistandes erforderlich zu einem Rechtsgeschäft, durch das eine Sicherheit aufgehoben oder gemindert werden soll, die für eine Forderung des Kindes besteht, und zwar ist sowohl das obligatorische Verpflichtungsgeschäft als auch das dingliche Erfüllungsgeschäft genehmigungspflichtig. In diesen Bereich fallen namentlich Geschäfte, durch welche die dingliche Sicherheit für eine Forderung aufgehoben oder verschlechtert wird, sei es, daß die Löschung einer Hypothek oder die Einräumung eines Vorrangs zugunsten einer nachstehenden Hypothek eines Dritten bewilligt wird, sei es, daß es sich um die Umwandlung einer Verkehrshypothek in eine Sicherheitshypothek han-

---

[278]) RGR Kom § 1831 Anm. 4 zu Nr. 4.

[279]) Staudinger zu § 1822 Ziffer 4; WarnKom § 1822 Anm. IV; Goldmann § 56 Anm. 21

[280]) Staudinger zu § 1822 Ziffer 6 und 7 γ; WarnKom § 1822 Anm. VI.

[281]) Goldmann § 56 Anm. 26; v. Blume § 1822 Anm. II 13; Fuchs § 1822 Anm. 13 a; Staudinger zu § 1822 Ziffer 13 α und β; WarnKom § 1822 Anm XII; RGR Kom zu § 1822 Z. 13.

delt [281]). Auch die Entlassung eines Bürgen, ja sogar schon die nachträgliche Einräumung der Einrede der Vorausklage an den Bürgen fallen unter die Genehmigungspflicht.

Die Mutter, die auf Grund der §§ 1686, 1642 BGB. als Gewalthaber verpflichtet ist, das Geld mündelsicher anzulegen, soll zur Anlegung die Zustimmung des Beistandes einholen, § 1810 BGB. Sie ist ferner gehalten, einen Sperrvermerk hinsichtlich der anzulegenden Gelder derart zu veranlassen, daß Geld nur mit Genehmigung des Beistands oder des Vormundschaftsgerichtes abgehoben werden kann, § 1809 BGB. Ferner darf die Mutter nicht ohne Zustimmung des Beistandes über Forderungen oder andere Rechte des Kindes auf Leistung verfügen, § 1812 Abs. 1 BGB. Ist aber die Mutter bereits in ihrer Eigenschaft als Gewalthaber in der Verfügung über eine solche Forderung durch das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung beschränkt, so bedarf sie lediglich der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, nicht außerdem der Zustimmung des Beistandes. Tritt die Mutter beispielsweise eine Forderung auf Auflassung ab, so ist die Genehmigung des Beistandes nicht erforderlich, weil die Mutter bereits als Gewalthaber die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach den §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Ziff. 2 BGB. einholen muß.

Im übrigen kann die Mutter frei verfügen, ohne durch den Beistand beschränkt zu sein.

4. Abschnitt.

§ 15.

Beschränkende Anordnungen Dritter.

Das Gesetz verleiht dritten Personen bei unentgeltlichen Zuwendungen an das Kind die Befugnis, die elterliche Vermögensverwaltung durch ausdrückliche Anordnung zu beschränken. Liegt eine Verfügung unter Lebenden vor, so ist die Anordnung zugleich mit der Zuwendung vorzunehmen. Über die Einzelheiten dieser Vorschrift ist bereits oben bei der Besprechung des § 1638 BGB. gehandelt [282]). Dort wird dritten Personen unter den gleichen Voraussetzungen sogar das Recht eingeräumt, die elterliche Vermögensverwaltung nicht nur einzuschränken, sondern überhaupt ganz auszuschließen.

In einem entscheidenden Punkte weicht jedoch § 1639 BGB. von der erwähnten Vorschrift des § 1638 BGB. grundlegend ab. Ist

[282]) Vgl. Ausschluß infolge Pflegschaft § 2 II.

nämlich gemäß § 1638 BGB. die elterliche Verwaltung ausgeschlossen worden, so kann die Ausschließung nicht mehr beseitigt werden, insbesondere nicht durch eine Verfügung des Vormundschaftsgerichts [283]). Das Äußerste, was das Vormundschaftsgericht zur Remedur zu tun vermöchte, wäre die Bestellung des Gewalthabers zum Pfleger [284]) des Sondervermögens. Im Gegensatz zur Unabänderlichkeit der ausschließenden Anordnung eines Dritten steht die Regelung des § 1639 Abs. 2 BGB. Ist eine beschränkende Anordnung in einer letztwilligen Verfügung getroffen, so kann das Vormundschaftsgericht eine Abweichung gestatten, wenn sonst das Interesse des Kindes gefährdet würde, §§ 1642, 2; 1803, 2 BGB. Handelt es sich um eine Zuwendung unter Lebenden und ist der Zuwendende noch am Leben, so ist seine Zustimmung ausreichend und erforderlich. Er kann Abänderungen gestatten, auch ohne daß eine Gefährdung des Kindes gegeben ist, indem er Erwägungen reiner Zweckmäßigkeit folgt [285]). Das Vormundschaftsgericht seinerseits kann eine solche Abweichung gestatten, wenn der Dritte zustimmt. Verweigert der Dritte seine Zustimmung, so kann das Vormundschaftsgericht selbst dann die Abweichung nicht gestatten, wenn das Vermögen des Kindes gefährdet wird [286]). Anders ist es, wenn der Dritte zur Abgabe einer Erklärung außerstande ist (etwa infolge Geisteskrankheit) oder wenn sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist. In diesen beiden Fällen bedarf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einer Abweichung nicht der Zustimmung des Dritten. Hierbei ist die Streitfrage aufgetreten, ob das Vormundschaftsgericht anstelle des behinderten Dritten die Abweichung nur gestatten darf, wenn dem Kindesvermögen Gefahr droht oder ob auch andere schwächere Gründe ausreichen. Die letztere Alternative ist zu bejahen [287]). Denn da der Dritte, wenn er nicht behindert wäre, die Zustimmung nach freiem, uneingeschränktem Ermessen geben dürfte, so ist in diesem Falle auch das Vormundschaftsgericht, das den verhinderten Dritten vertritt, in seinem Ermessen gleichfalls nicht beschränkt. Von Blume [288]) folgert aus Zweck und Aufbau des Gesetzes das Gegenteil. Die Betrachtung des reinen Wortlauts des Gesetzes ergibt, daß das Gesetz zwei Fälle in zwei gesonderten Absätzen behandelt. In § 1803 Abs. 2 wird die allgemeine Regel aufgestellt, daß die Abänderung von Anordnungen eines Zuwendenden grundsätzlich nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zulässig ist. Die

[283]) Goldmann § 40 Anm. 8.
[284]) v. Blume § 1638 Anm. 5; Staudinger § 1638 Anm 3; KGJ 20, 221.
[285]) Staudinger § 1639 Anm. 4 b; v. Blume § 1639 Anm. 6 a.
[286]) Staudinger § 1639 Anm. 4 b.
[287]) Planck § 1803 Anm. 6 a; Staudinger § 1803 Anm. 4; § 1917 Anm. 3 b; WarnKom § 1803; Fuchs § 1803 Anm. 6.
[288]) v. Blume § 1803 Anm. 6.

Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn das Interesse des Kindes gefährdet ist. Gegenüber dieser allgemeinen Regel macht § 1803 Abs. 3 eine Ausnahme: handelt es sich um eine Zuwendung unter Lebenden, so ist zu einer Abweichung von seiner Anordnung seine Zustimmung erforderlich und ausreichend. Diese Zustimmung kann, wie ein zweiter Satz ausführt, durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn der Dritte zur Abgabe der Erklärung unfähig oder wenn sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist. Der A u f b a u des Gesetzes ergibt mithin, daß der noch lebende Dritte selbst seine Zustimmung nach freiem Ermessen geben darf, nicht nur bei einer Gefährdung des Kindesvermögens. Soweit dürfte auch v. Blume übereinstimmen. Wenn nun das Gesetz im gleichen Absatz fortfährt und diese Zustimmung des Dritten (die nach seinem Ermessen erteilt wird) im Verhinderungsfall durch das Vormundschaftsgericht für ersetzbar erklärt, so ist durch den engen Zusammenhang der beiden Sätze sowie durch ihre Vereinigung in e i n e m Absatz zum Ausdruck gebracht, daß dem Vormundschaftsgericht das gleiche freie Ermessen für seine Ersatzzustimmung eingeräumt ist. Aber auch der Z w e c k des Gesetzes spricht zumindest nicht zwingend f ü r v. Blume. Denn das Gesetz offenbart an vielen Stellen die Tendenz, die Abweichung von Anordnungen eines Verstorbenen stärker zu beschränken.

Erfüllt der Gewalthaber die beschränkenden Anordnungen des Dritten nicht, so hat ihn das Vormundschaftsgericht mit geeigneten Maßnahmen dazu anzuhalten. Es kann dem Gewalthaber insbesondere die Verwaltung über die betreffenden Gegenstände entziehen, ohne daß eine Gefährdung des Kindesvermögens tatbestandsmäßig erforderlich wäre[289]). Mit Recht folgert v. Blume[290]) diese Befugnis aus § 1638 BGB. Denn wenn der Dritte gemäß § 1638 BGB. sogar das Recht gehabt hätte, den Gewalthaber ganz von der Verwaltung auszuschließen, sich jedoch darauf beschränkt hat, ihm nur bestimmte Verwaltungsanordnungen zu erteilen, so ist hieraus zu entnehmen, daß das Vormundschaftsgericht berechtigt sein muß, dem Gewalthaber die Verwaltung über die betreffenden Gegenstände zu entziehen und damit den Zustand des § 1638 BGB. herzustellen, falls der Gewalthaber die Anordnungen des Dritten außer acht läßt.

---

[289]) Mot IV 802 ff; Planck § 1639 Anm. 3; RGR Kom § 1639 Anm. 2; Kipp § 80, VII 5; Goldmann § 40 Anm. 11.

[290]) v. Blume § 1639 Anm. 5; § 1803 Anm. 6.

Dritter Teil.

Die Beendigung der elterlichen Vermögensverwaltung.

§ 16.

Übersicht.

Das Recht und die Pflicht der elterlichen Vermögenssorge ist als Bestandteil der öffentlich-rechtlichen elterlichen Gewalt unverzichtbar. Sie endet daher nicht nach dem Willen der Beteiligten, sondern allein kraft Gesetzes.

Die Gründe, die die Beendigung der elterlichen Verwaltung herbeiführen, liegen entweder in der Person des Kindes oder des Gewalthabers. Des Kindes wegen endet die Vermögensverwaltung, sobald die Schutzbedürftigkeit des Kindes fortfällt, sei es, daß das Kind stirbt, sei es, daß das Kind voll geschäftsfähig wird, sei es, daß infolge Adoption die Vermögenssorge auf die Adoptiveltern übergeht. Des Gewalthabers wegen endet die elterliche Vermögensverwaltung gleichfalls aus dem natürlichen Grunde des Todes des Gewalthabers. Außerdem tritt die Endigung ein, wenn das Kindesvermögen gefährdet wird, sei es durch Konkurs, sei es durch ein Verbrechen des Gewalthabers am Kinde; bei der Mutter tritt die Wiederverheiratung als besonderer Endigungsgrund hinzu.

Neben diesen Fällen unmittelbar kraft Gesetzes eintretender Beendigung gibt es außerdem Gründe, bei deren Vorliegen die Beendigung nur mittelbar kraft Gesetzes, nämlich durch Anordnung des Vormundschaftsgerichtes erfolgt. Die vormundschaftsgerichtliche Entziehung der elterlichen Vermögenssorge ist zulässig, wenn der Gewalthaber den Unterhalt des Kindes gefährdet oder Anordnungen des Vormundschaftsgerichts verletzt.

Die Beendigung der elterlichen Vermögenssorge ist endgültig; das Verwaltungsrecht erlischt vollständig; es lebt nicht wieder auf, wenn der Beendigungsgrund nachträglich in Fortfall kommt. Wohl aber ist das Vormundschaftsgericht berechtigt, in gewissen

Fällen nach freiem Ermessen dem Gewalthaber die verlorene Vermögensverwaltung erneut zu übertragen. Um diese Fälle systematisch zu erkennen, muß man zwischen zwei Arten der Beendigung unterscheiden: die elterliche Vermögensverwaltung kann entweder uno actu zusammen mit der elterlichen Gewalt oder sie kann allein beendet werden. Nur dann, wenn die elterliche Gewalt fortbesteht und lediglich die elterliche Vermögensverwaltung als ein Bestandteil der elterlichen Gewalt erloschen ist, darf das Vormundschaftsgericht dem Gewalthaber die Verwaltung wieder übertragen. Die elterliche Gewalt bleibt bestehen, wenn die elterliche Vermögenssorge infolge Konkurses des Gewalthabers oder infolge Entziehung durch das Vormundschaftsgericht endet. In allen anderen Fällen ist eine erneute Übertragung der elterlichen Vermögensverwaltung nicht möglich, weil nicht die Vermögenssorge allein, sondern die gesamte elterliche Gewalt beendet ist. In solchen Fällen könnte der ehemalige Gewalthaber höchstens als Vormund oder Pfleger die Verwaltung des Vermögens wieder erlangen.

1. Abschnitt.

§ 17.

Tod und Todeserklärung des Kindes.

Der Tod beendet die elterliche Gewalt und damit zugleich die elterliche Vermögensverwaltung. Die Verwaltung steht vom Augenblick des Todes an den Erben des Kindes zu.

Die Todeserklärung des Kindes hat eine andere Wirkung als der Tod; sie beendet nicht die elterliche Gewalt, sondern schafft nur die Vermutung [291]) gemäß § 18 BGB., daß die Beendigung der elterlichen Verwaltung mit dem Augenblick eingetreten ist, den das Urteil als Zeitpunkt des Todes angibt. Stellt sich nachher aber heraus, daß der Tod erst zu einem späteren Zeitpunkt oder überhaupt nicht erfolgt ist, so fällt die Vermutung von der Beendigung der elterlichen Verwaltung mit der Folge fort, daß die Vermögensverwaltung entsprechend den nunmehr ermittelten Tatsachen als nicht beendet fortbesteht.

Grundsätzlich anders ist die Wirkung, wenn der Gewalthaber [292]) für tot erklärt wird. Denn dann wird nicht vermutet, daß die elterliche Gewalt erloschen ist, sondern gemäß § 1679 BGB. erlischt sie tatsächlich als gesetzliche Folge der

[291]) v. Blume § 1679 Anm. 9; Kipp § 83 I 9; Planck § 1679 Anm. 1; Goldmann § 44 III 1 c.

[292]) Siehe unten § 20.

Todeserklärung. Stellt sich die Unrichtigkeit der Todeserklärung heraus, so bedarf es eines besonderen Rechtsaktes, um dem Vater die elterliche Gewalt wieder zu verschaffen.

Entsprechend der allgemeinen Vorschrift des § 672 Satz 2 BGB., die für den Beauftragten gilt, sowie der Bestimmung des § 1424 Abs. 2 BGB. für den Ehemann und des § 1893 BGB. für den Vormund hat der Gewalthaber trotz Beendigung der elterlichen Vermögensverwaltung die Pflicht, diejenigen Geschäfte, mit deren Aufschub Gefahr verbunden ist, zu besorgen, bis der Erbe selbst imstande ist einzugreifen. Der Vater haftet dem Erben für die Besorgung der unaufschiebbaren Geschäfte. Es ist zweifelhaft, ob sich seine Haftung nach den allgemeinen Vorschriften (§ 276 BGB.) bestimmt oder ob die schwächere Haftung des § 1664 BGB. durchgreift. Obwohl § 1683 BGB. im Gegensatz zu § 672 S. 2 nicht ausdrücklich hervorhebt, daß die elterliche Gewalt insoweit als fortbestehend gelten soll, wird dies doch im allgemeinen unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes angenommen [293]). Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. Denn die Haftung aus § 1664 BGB. besteht nur gegenüber dem der elterlichen Gewalt unterliegenden Kinde, nicht aber dritten Personen gegenüber, die nicht in dem gleichen engen familiären Verhältnis zu dem Gewalthaber stehen. Daher haftet der Vater den Erben des Kindes nach allgemeinen Grundsätzen [294]), denn er besorgt die unaufschiebbaren Geschäfte mangels ausdrücklichen gesetzlichen Hinweises nicht mehr als Gewalthaber, sondern als gewöhnlicher Geschäftsführer für die Erben als Geschäftsherren. Nur dann, wenn der Gewalthaber zusammen mit seinen etwaigen anderen überlebenden Kindern gemeinsam Erbe ist, bestimmt sich seine Haftung nach § 1664 BGB., weil er dann nicht als gewöhnlicher Geschäftsführer, sondern als gesetzlicher Vertreter seiner überlebenden Kinder handelt [295]), deren Miterbe er ist.

Ist das Kind nicht gestorben, sondern für tot erklärt worden, so hat der Gewalthaber die unaufschiebbaren Verwaltungsgeschäfte in entsprechender Anwendung des § 1683 BGB. fortzuführen, bis der Erbe selbst eingreifen und die Verwaltung übernehmen kann [296]) [297]).

---

[293]) Staudinger § 1683 Anm. 1 e; Planck § 1683.
[294]) Opet § 1424 Anm. 2 hinsichtlich § 1359 BGB; A. A.: Planck § 1424 Anm. 3; Staudinger § 1424 Anm. 3 e.
[295]) Vgl. Kipp § 83 VI 4.
[296]) Staudinger § 1683 Anm. 1 b; Planck § 1683; Goldmann § 44 Anm. 30.
[297]) Die Fortführungspflicht des Ehemanns wird in analoger Anwendung des § 1424, 2 BGB auf den Fall der Todeserklärung der Frau ausgedehnt; A. Schmidt § 1424 Anm. 2; Goldmann § 25 Anm. 38.

§ 18.

Volljährigkeit und Volljährigkeitserklärung.

Die elterliche Vermögensverwaltung besteht nur während der Zeit der Minderjährigkeit des Kindes. Sie beginnt mit der Vollendung der Geburt. An der Leibesfrucht gibt es noch keine elterliche Gewalt. Dies ist daraus zwingend zu folgern, daß § 1912 Abs. 2 BGB. zum Pfleger für die künftigen Rechte einer Leibesfrucht solche Personen bestimmt, die die elterliche Gewalt inne haben würden, wenn das Kind bereits geboren wäre [298]).

Die Vermögensverwaltung des Gewalthabers endet mit der Volljährigkeit oder Volljährigkeitserklärung des Kindes. Soll dem volljährig gewordenen Kinde, dem von diesem Zeitpunkt die Vermögensverwaltung gebührt, diese weiterhin entzogen bleiben, so kann dies nur auf dem Wege geschehen, daß eine Vormundschaft [299]) oder eine Pflegschaft [300]) angeordnet wird. Den Eltern ist ein Vorrecht zu gewähren, zum Vormunde bestellt zu werden; sie erlangen alsdann eine freiere Stellung als der gewöhnliche Vormund [301]), ohne jedoch die Rechte und Pflichten eines Gewalthabers zu erhalten.

Die Volljährigkeit tritt mit der Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres ipso jure ein. Neben dieser unmittelbaren gesetzlichen Rechtsfolge besteht die Möglichkeit einer Volljährigkeitserklärung. Ähnlich wie das deutsche alte Recht das Institut der Jahrgabe gehabt hat, die durch den Kaiser, Fürsten oder Pfalzgrafen vorgenommen wurde, kennt das BGB. einen Staatshoheitsakt, durch den ein über 18 Jahre alter Minderjähriger für volljährig erklärt zu werden vermag. Zuständig für die Vornahme sind, je nach dem einzelnen Landesrechte, Gerichte oder Verwaltungsbehörden der Länder.

Wenn ein Minderjähriger versehentlich bereits vor der Vollendung des 18. Lebensjahres für volljährig erklärt worden ist, so ist die Erklärung darum nicht unwirksam. Dies ergibt sich sowohl aus dem Charakter der Verfügung als einem Staatshoheitsakt wie insbesondere aus § 32 FGG. [302]). Darnach ist die Verfügung zwar „ungerechtfertigt", aber nicht unwirksam. Sie bedarf erst der besonderen Aufhebung [303]). Folgt man der Meinung, daß eine ver-

[298]) v. Blume § 1626 Anm. 2.
[299]) §§ 1896, 1906 BGB.
[300]) §§ 1910, 1911 BGB.
[301]) Staudinger § 1626 Anm. 1 b (Näheres §§ 1899, 1903, 1904, 1915, 1916 BGB.).
[302]) Schlegelberger FGG-Kom § 32 Anm. II 1; Fuchs FGG Kom § 32 Anm. II b.
[303]) Ebenso Planck § 4 Anm. 5; Örtmann § 4 Anm. 2; v. Tuhr I S. 403. Für völlige Ungültigkeit sind RGRKom § 3 Anm. 2; Hölder § 4 ist der Meinung, die Verfügung werde mit Vollendung des 18. Lebensjahres wirksam.

frühte Volljährigkeitserklärung gültig ist, so ergibt sich daraus, daß die elterliche Vermögensverwaltung mit der Rechtskraft[304]) dieser Verfügung beendet wird.

Zweifelhaft ist, welche Wirkung es für die elterliche Gewalt hat, wenn beispielsweise ein Siebzehnjähriger ungerechtfertigt für volljährig erklärt worden ist, diese Verfügung aber wieder aufgehoben wird. Man wird annehmen dürfen, daß mit der Rechtskraft des Aufhebungsbeschlusses die elterliche Gewalt nicht wieder auflebt. Denn die ungerechtfertigte Volljährigkeitserklärung hatte nach der oben vertretenen Ansicht die elterliche Gewalt beendet, das Kind hatte die Volljährigkeit erlangt. Der Aufhebungsbeschluß ist keine Art von Anfechtung, der rückwirkende Kraft innewohnen würde, sondern enthält eine gewöhnliche, ex nunc wirkende Aufhebung[305]). Auf Grund der Aufhebung tritt wieder die Minderjährigkeit ein, die nunmehr die Bestellung eines Vormundes erforderlich macht.

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Frage, welchen Einfluß die Heirat Minderjähriger auf die Beendigung der elterlichen Vermögensverwaltung ausübt.

Der Beginn der Heiratsfähigkeit des Mannes fällt nach § 1303 BGB. mit der Erlangung der Volljährigkeit zusammen. Deshalb ist nach dem Gesetz die elterliche Gewalt und damit die Vermögensverwaltung des Gewalthabers bei der Heirat des Kindes regelmäßig bereits beendet. Von Interesse ist der seltene, ausnahmsweise Fall, daß ein Minderjähriger bereits vor der Vollendung des 18. Lebensjahres ungerechtfertigt für volljährig erklärt worden ist und geheiratet hat. Folgt man der oben vertretenen Ansicht, daß die ungerechtfertigte Volljährigkeitserklärung wirksam ist und daher die elterliche Gewalt beendet hat, so ergibt sich, daß auch in diesem seltenen Falle die Vermögensverwaltung des Gewalthabers aufgehört hat.

Anders ist es, wenn ein wirklich minderjähriger Sohn sich entgegen § 1303 BGB. verheiratet. In diesem Fall bleibt die Verwaltung des Gewalthabers am Vermögen des Kindes ohne Rücksicht auf die Heirat in vollem Umfang bestehen; denn der alte deutsche Rechtssatz „Heirat macht frei" ist vom BGB. nicht übernommen worden.

Während das eigene Vermögen des minderjährigen Ehemannes unter der Verwaltung des Gewalthabers verbleibt, gelangt das eingebrachte Gut der Ehefrau in die Verwaltung ihres minderjährigen Ehegatten, der jedoch in seinen Rechten und Pflichten hinsichtlich der Verwaltung des eingebrachten Gutes durch seinen Gewalthaber vertreten wird, § 1409 BGB. Das Gesetz spricht zwar von dem Fall, daß der Ehemann unter Vormundschaft steht, die

[304]) § 56, 2 FGG.
[305]) Vgl. dagegen § 20 S. 91.

Bestimmung ist aber auf den durchaus gleichgelegenen, allerdings seltenen Fall analog anzuwenden, daß der Ehemann noch unter elterlicher Gewalt steht. Die Ehefrau kann — gleichfalls in analoger Anwendung des § 1418 Ziffer 3 BGB. — jederzeit auf Aufhebung der Verwaltung klagen, wenn ihr das Eingreifen des Gewalthabers ihres Ehemannes lästig ist.

Eine Frau besitzt nach § 1303 BGB. im Gegensatz zum Manne schon vor Eintritt der Volljährigkeit die Heiratsfähigkeit. Die elterliche Verwaltung an ihrem Vermögen bleibt grundsätzlich bestehen. Im einzelnen ist jedoch zu unterscheiden, ob sie sich mit oder ohne Einwilligung ihres Gewalthabers verheiratet hat. Ist die Heirat ohne Einwilligung des Gewalthabers vorgenommen, so tritt nach den §§ 1364, 1426 BGB. Gütertrennung ein. Dies bedeutet, daß die elterliche Vermögensverwaltung uneingeschränkt bestehen bleibt. Die Rechtslage ist genau die gleiche, wie wenn von den Ehegatten von vornherein Gütertrennung vereinbart worden ist.

Hat der Gewalthaber der Eheschließung seiner minderjährigen Tochter zugestimmt [306]), so erleidet die Verwaltung des Gewalthabers eine Einschränkung, über die oben bereits gehandelt ist [307]).

Dagegen kann die minderjährige Ehefrau im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt [308]) frei verfügen; sie bedarf hier weder der Zustimmung des Ehemannes noch des Gewalthabers. Denn auf ihre kraft Gesetzes bestehende Vertretungsmacht findet die allgemeine Vorschrift des § 165 BGB. Anwendung. Darnach handelt sie im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt auch dann wirksam, wenn sie in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist.

§ 19.

Annahme an Kindesstatt.

Die Annahme an Kindesstatt erfolgt durch Vertrag und gerichtliche Bestätigung [309]). Die Wirkungen der Adoption setzen ein, sobald die gerichtliche Bestätigung ergangen ist, und zwar nach § 67 FGG. in dem Augenblick, wo der Bestätigungsbeschluß dem Annehmenden bekannt gemacht wird [310]). Der entscheidende, rechtsschaffende Akt ist jedoch nicht die Bestätigung, sondern der Vertrag, den der Annehmende mit dem Kinde schließt. Hieraus hat das Gesetz die Folgerung gezogen, daß es die Adoption auch dann

[306]) Der Gewalthaber verliert die Sorge für die Person, § 1633 BGB. Die Nutznießung verliert er nur, wenn beide Eltern eingewilligt haben, § 1661 BGB.

[307]) Siehe im einzelnen oben § 7.

[308]) § 1357 BGB.

[309]) Sie ist nur unter gewissen Einschränkungen zulässig und bedarf bestimmter Formen, §§ 1741 ff BGB.

[310]) § 1754 BGB.

noch wirksam eintreten läßt, wenn der Annehmende die Bestätigung nicht mehr erlebt, § 1753,3 BGB. Die gerichtliche Bestätigung, die bei Vorliegen der gesetzlichen Erfordernisse erteilt werden muß, hat nur formelle Bedeutung; sie soll eindeutig und sicher den Augenblick festlegen, in dem das Adoptionsverhältnis beginnt [311]).

Dieser Augenblick ist deswegen von großer Bedeutung, weil das Gesetz mit der Wirksamkeit der Adoption die elterliche Gewalt der leiblichen Eltern über ihr minderjähriges Kind enden läßt und an deren Stelle die elterliche Gewalt des Annehmenden setzt. Dieser alternative Wechsel in der elterlichen Gewalt ist erforderlich, da nach dem Willen des Gesetzes zwischen dem Kind und dem Annehmenden ein dem natürlichen, leiblichen Kindesverhältnis möglichst ähnliches Verhältnis geschaffen werden soll [312]). Ein Kindesverhältnis erträgt nicht zwei unabhängige Gewalten nebeneinander. Im Adoptionsvertrage kann nicht vereinbart werden, daß die Vermögensverwaltung bei den leiblichen Eltern verbleiben soll, § 1767, 2 BGB.

Das Recht der elterlichen Vermögensfürsorge erlischt vollständig und endgültig. Wird der Adoptionsvertrag aufgehoben oder stirbt der Annehmende, so lebt die Vermögensfürsorge der leiblichen Eltern nicht wieder auf [313]).

Während die Vermögensfürsorge der leiblichen Eltern mit dem Adoptionsbestätigungsbeschluß endet, tritt in gleicher Weise die Beendigung der Vermögensfürsorge des Annehmenden mit der Wirksamkeit des Beschlusses des Vormundschaftsgerichts ein, durch den der Aufhebungsvertrag bestätigt wird. Außerdem erfolgt kraft Gesetzes die Beendigung der Vermögensverwaltung, wenn der Annehmende mit dem Kinde oder dessen Abkömmling eine Ehe eingeht, §§ 1771, 1311 BGB.

Außer diesen beiden besonderen, auf der Eigenart des Adoptionsverhältnisses beruhenden Gründen endet die elterliche Vermögensverwaltung des Annehmenden aus den gleichen Gründen wie bei den leiblichen Eltern.

2. Abschnitt.

§ 20.

Tod und Todeserklärung des Gewalthabers.

Die Vermögensverwaltung endet natürlicherweise mit dem Tode des Gewalthabers.

---

[311]) § 67 Abs. 3 FGG. verbietet sogar eine nachträgliche Abänderung des ergangenen Beschlusses.

[312]) RGR Kom Vorbem. zu §§ 1741 ff BGB.

[313]) v. Blume § 1768 Anm. 4; RGR Kom 1765 Anm. 1; Goldmann § 50 VI 1. Dies ergibt sich per argumentum e contrario aus § 1765 Abs. 2 BGB. A. A.: Kohler § 72 VI S. 343.

Ist der Gewalthaber für tot erklärt, so wird vermutet, daß er zu dem im Urteil angegebenen Zeitpunkt verstorben ist. Zugleich würde vermutet werden müssen, daß seine elterliche Gewalt zu diesem Zeitpunkt erloschen ist. Das Gesetz ist jedoch im Interesse der Rechtsgewißheit einen Schritt weiter gegangen und hat im § 1679 BGB. bestimmt, daß der Untergang der elterlichen Gewalt mit dem Zeitpunkt eintritt, der als Zeitpunkt des Todes festgestellt wird [314]). Damit stellt § 1679 BGB. anstelle der bloßen Vermutung der Beendigung die tatsächliche Beendigung selbst. Diese Regelung entspricht in vollem Umfange der Vorschrift des § 1420 BGB., nach der die Beendigung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung ebenfalls mit dem Zeitpunkt eintritt, den die Todeserklärung als Zeitpunkt des Todes angibt.

Für die Endigung der elterlichen Vermögensverwaltung ist der in der Todeserklärung angenommene Zeitpunkt ohne Rücksicht darauf maßgebend, ob der für tot Erklärte überhaupt nicht oder zu einem anderen Zeitpunkt verstorben ist [315]). Denn die Todeserklärung als solche ist es, welche die Beendigung herbeiführt und zwar schlechthin und unwiderlegbar zu dem Zeitpunkt, den die Todeserklärung als Todestag bestimmt. Daher hebt das Todeserklärungsurteil die elterliche Vermögensverwaltung gegebenenfalls zugleich rückwirkend zum festgestellten Todeszeitpunkt auf [316]). Aber nur die eigentliche Todeserklärung hat diese Wirkung. Die Beendigung der elterlichen Vermögensverwaltung tritt dagegen nicht ein, wenn der Tod des Gewalthabers etwa bloß auf Grund einer unrichtigen Sterbeurkunde [317]) angenommen worden ist.

Wenn das Todeserklärungsurteil auf Grund einer Anfechtungsklage nach § 973 ZPO. aufgehoben wird, so gilt naturgemäß rückwirkend die elterliche Vermögensverwaltung als fortbestehend. Wird der Tod auf einen späteren Zeitpunkt festgesetzt, so besteht die elterliche Verwaltung nunmehr bis zu dem späteren Zeitpunkt fort [318]).

Die Todeserklärung der Mutter bringt in analoger Anwendung des § 1679 BGB., der zur Vereinfachung des Wortlauts nur vom „Vater" spricht, auch deren elterliche Vermögensverwaltung zum Erlöschen [319]). Die elterliche Gewalt der Mutter ist, solange sie beiden Eltern gemeinschaftlich zusteht, gehemmt; sie ist dagegen eine volle elterliche Gewalt, wenn sie die Mutter gemäß § 1685 BGB. allein inne hat und ausübt. Sowohl die gehemmte wie die volle

---

[314]) Die Todeserklärung des Kindes dagegen bewirkt nur die Vermutung der Beendigung, vgl. oben § 17.
[315]) Planck § 1679 Anm. 2.
[316]) Prot. IV 645; v. Blume § 1679 Anm. 2.
[317]) Planck § 1679 Anm. 6; Staudinger § 1679 Anm. 5.
[318]) RGB Kom § 1679 Anm. 2; Goldmann § 44 Anm. III a.
[319]) v. Blume § 1679 Anm. 6.

elterliche Gewalt der Mutter endigt mit ihrer Todeserklärung. Ist daher beispielsweise die Mutter für tot erklärt worden, während der Vater die elterliche Gewalt ausübt, kehrt die Mutter sodann zurück und stirbt darauf der Vater, so erlangt die Mutter nunmehr nicht an seiner Stelle die elterliche Gewalt gemäß § 1685 BGB.; denn durch die Todeserklärung war die gehemmte elterliche Gewalt der Mutter bereits endgültig beendet worden.

Die elterliche Gewalt und damit die elterliche Vermögensverwaltung gelangt überhaupt nicht zur Entstehung, wenn der Vater oder die Mutter für tot erklärt sind zu einem Zeitpunkt, wo das Kind noch nicht geboren war.

Die infolge der Todeserklärung beendete elterliche Vermögensverwaltung lebt nicht wieder auf, wenn der einstige Gewalthaber zurückkehrt. Um aber Unbilligkeiten und Härten zu vermeiden, läßt das Gesetz die elterliche Gewalt wieder aufleben, wenn der Zurückgekehrte gegenüber dem Vormundschaftsgericht die Erklärung abgibt, daß er die elterliche Gewalt wieder aufnehmen wolle. Es steht in freiem Ermessen des Zurückgekehrten, ob er von diesem Rechte Gebrauch machen will oder nicht. Weder das öffentliche Recht noch das Privatrecht legen ihm eine Pflicht auf [320]). Will der Gewalthaber eine solche Erklärung, die ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft darstellt, abgeben, so kann er es mündlich vor Gericht oder schriftlich — auch durch einen Vertreter — bewirken [321]) [322]). Die elterliche Gewalt und damit die Vermögensverwaltung lebt wieder auf, sobald die Erklärung dem Gericht wirksam zugegangen ist [323]). Zugleich erlischt eine bestellte Vormundschaft; eine etwa bestehende elterliche Vermögensverwaltung der Mutter wird wieder gehemmt. Der Zurückgekehrte erlangt die elterliche Vermögensverwaltung wieder, wie er sie haben würde, wenn er nicht für tot erklärt woden wäre. Frühere Beschränkungen in Gestalt von Anordnungen des Vormundschaftsgerichts oder Dritter bei Zuwendungen bleiben weiter bestehen [324]). Hatte er die Vermögensverwaltung vor der Todeserklärung verwirkt, so erhält er sie jetzt nicht wieder. Die zurückkehrende Mutter erlangt die elterliche Vermögensverwaltung als eine gehemmte, wenn der Vater noch lebt, dagegen uneingeschränkt, wenn er inzwischen verstorben ist oder an der Ausübung verhindert ist.

---

[320]) v. Blume § 1679 Anm. 4; Staudinger § 1679 Anm. 2 a.

[321]) RGR Kom § 1679 Anm. 2; v. Blume § 1679 Anm. 3; Planck § 1679 Anm. 3.

[322]) Der zurückgekehrte Ehemann dagegen muß auf Wiederherstellung seiner Rechte klagen, § 1425 Abs. 1 S. 2 BGB.

[323]) Beim Ehemann erst bei Rechtskraft des Wiederherstellungsurteils, § 1425, 2 BGB.

[324]) v. Blume § 1679 Anm. 3; Planck § 1679 Anm. 3.

In analoger Anwendung des bisher Besprochenen wird man annehmen dürfen, daß die elterliche Vermögensverwaltung zur Entstehung gelangt, wenn ein Vater die Aufnahme der elterlichen Gewalt erklärt, der zur Zeit der Todeserklärung deswegen noch keine elterliche Gewalt besessen hatte, weil das Kind damals nicht geboren war [325]). Denn der Gedanke und Sinn des Gesetzes ist, einem Gewalthaber, der die elterliche Gewalt infolge einer unrichtigen Todeserklärung nicht inne hat, die Möglichkeit zu gewähren, nach eigenem Willen den Zustand herbeizuführen, der bestehen würde, wenn die unrichtige Todeserklärung nicht ergangen wäre. Es wäre eine gekünstelte Scheidung, wollte man denjenigen, der bereits für den Zeitpunkt vor der Geburt seines Kindes zu Unrecht für tot erklärt worden ist, von der Wohltat des Wiedererwerbs ausschließen.

§ 21.

Konkurs des Gewalthabers.

Der Konkurs des Inhabers der elterlichen Gewalt hat auf die elterliche Verwaltung des Kindesguts nicht nur mittelbaren Einfluß, indem er das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten veranlaßt, sondern darüber hinaus eine unmittelbare Wirkung: er führt kraft Gesetzes die Beendigung der elterlichen Vermögensverwaltung des Gemeinschuldners herbei. Dagegen wird das elterliche Nutznießungsrecht [326]) und die Sorge für die Person des Kindes nicht unmittelbar berührt. Hierdurch unterscheidet sich die Wirkung des Konkurses grundlegend von den bisher besprochenen gesetzlichen Beendigungsfällen. Bei jenen endet die gesamte elterliche Gewalt und mit dieser die Vermögensverwaltung; hier bleibt die elterliche Gewalt als solche bestehen, und lediglich die Vermögensverwaltung als ein Bestandteil der elterlichen Gewalt wird beendet.

Dem Gemeinschuldner wird nach § 6 KO. mit dem Erlaß des Eröffnungsbeschlusses das Verwaltungsrecht über sein eigenes Vermögen genommen. Dagegen verliert er die Verwaltung über das Kindesgut erst mit dem Augenblick der Rechtskraft des Konkurseröffnungsbeschlusses; diese beendende Wirkung des rechtskräftigen Beschlusses tritt ohne besonderes Eingreifen des Vormundschaftsgerichts kraft Gesetzes ein. Hierin zeigt sich wiederum ein grundlegender Unterschied gegenüber einem Vormund, der in Konkurs fällt. Dieser verliert nicht kraft Gesetzes die Verwaltung an dem Vermögen des Mündels; vielmehr bedarf es eines besonderen Beschlusses des Vormundschaftsgerichts, das erst

[325]) Mot IV 842; Staudinger § 1679 Anm. 3; v. Blume § 1679 Anm. 7; Goldmann § 44 Anm. 20.

[326]) Nach §§ 268, 206 II ALR ging auch dieses endgültig verloren.

den Vormund aus dem Grunde des Konkurses nach den §§ 1886, 1781, 3 BGB. zu entlassen hat. Dieser Unterschied beruht nicht auf Willkür und Zufall; der Gedanke des Gesetzgebers bei dieser Unterscheidung ist offenbar der folgende: bei einem Vater, der sich in Vermögensverfall befindet, ist das Kindesgut stärker gefährdet als bei einem Vormunde. Denn der Vater ist regelmäßig infolge der engen Lebensgemeinschaft und der freieren Stellung leichter und eher in der Lage, die erforderliche, scharfe, strenge Trennung seines eigenen Vermögens von dem des Kindes zu verwischen und zu umgehen; es kommt hinzu, daß die elterliche Verwaltung des Kindesgutes nicht wie die vormundschaftliche Verwaltung einer fortlaufenden vormundschaftsgerichtlichen Aufsicht unterliegt [327]). Der Schutz des Kindes erfordert aus diesen Gründen die strengere Maßnahme einer sofort mit der rechtskräftigen Konkurseröffnung kraft Gesetzes eintretenden Beendigung der Verwaltung. Gegenüber dem Vormund [328]) hingegen, bei dem gemeinhin eine stärkere natürliche Trennung der Vermögensmassen vorzuliegen pflegt und dessen Verwaltung der ständigen Aufsicht des Vormundschaftsgerichts untersteht, ist dieses durchschlagende Mittel nicht notwendig; es genügt, daß die Aufhebung durch einen besonderen Beschluß angeordnet wird. Die elterliche Vermögensverwaltung ähnelt in dieser Hinsicht der ehemännlichen Verwaltung an dem eingebrachten Gute der Ehefrau. Denn auch hier besteht bei der engen Gemeinschaft die Gefahr einer ungenügenden Trennung der Vermögensmassen und eine Hineinziehung des eingebrachten Gutes in den Vermögensverfall des Ehemannes; auch hier fehlt es wie bei dem Gewalthaber an einer ständigen gerichtlichen Aufsicht. Deshalb führt das Gesetz in dem § 1419 BGB. ebenfalls unmittelbar mit der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses die Beendigung der ehemännlichen Verwaltung herbei [329]).

Die beendende Wirkung knüpft sich an die rechtskräftige Konkurseröffnung über das Vermögen des Gewalthabers. Wird hingegen die Eröffnung mangels Masse abgelehnt (§ 107 KO.), so kann das Vormundschaftsgericht höchstens wegen des allgemeinen Vermögensverfalles nach § 1677 BGB. einschreiten und dem Gewalthaber die Vermögensverwaltung durch Beschluß entziehen [331]).

Der Konkurs muß über das Vermögen des Gewalthabers eröffnet worden sein. Daher tritt die Wirkung des § 1647 BGB. nicht ein,

---

[327]) Mot IV 816.
[328]) Mot IV 817.
[329]) v. Blume § 1647 Anm. 1. Ein Unterschied besteht jedoch hinsichtlich der Nutznießung; grundsätzlich behält sie der Vater, der Ehemann verliert sie unbedingt.
[330]) §§ 72, 73, 109 KO; §§ 705, 577, 567 ZPO.
[331]) Staudinger § 1647 Anm. 1 d; v. Blume § 1647 Anm. 2 b; Goldmann § 40; Crome § 608, VII.

wenn ein Sonderkonkurs nach den §§ 209 ff. KO. vorliegt [332]). So ist der Gewalthaber als Erbe zwar Eigentümer der Nachlaßgegenstände; der Nachlaßkonkurs jedoch ist nicht ein Konkurs über das Vermögen des Gewalthabers im Sinne des § 1647 BGB., sondern nur über die Sondermasse des Nachlasses, den das Gesetz in § 214 KO. als eine selbständige Vermögensmasse behandelt.

Andererseits liegt nach der herrschenden Ansicht ein Sonderkonkurs nicht vor, wenn über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft Konkurs eröffnet wird [333]). Der Kommentar von Reichsgerichtsräten folgert diese Auffassung aus dem rein praktischen Gesichtspunkt, daß es infolge der vollen persönlichen Haftung des Gesellschafters „bis zur Aufhebung des Konkurses mindestens zweifelhaft" ist, ob der Gewalthaber seine Verbindlichkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis erfüllen kann. In dieser, im Ergebnis zu billigenden Ansicht handelt es sich jedoch nur um eine bloße praktische Feststellung, die der eigentlichen juristischen Begründung entbehrt. Es ist davon auszugehen, daß der offenen Handelsgesellschaft zwar durch § 124 HGB. die Parteifähigkeit gegeben ist, ohne daß sie dadurch aber den Charakter einer juristischen Person erlangt hat. In Wahrheit sind die Gesellschafter selbst, wie auch das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung angenommen hat, in ihrer gesellschaftsvertraglichen Bindung die eigentliche Partei. Sie klagen und werden verklagt unter dem Namen der offenen Handelsgesellschaft wie der Kaufmann unter seiner Firma. Die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft ist formeller [334]) Natur; materiell sind die einzelnen Gesellschafter Partei. Wenn aber die einzelnen Gesellschafter selbst in Wahrheit und Wirklichkeit die Partei darstellen, so sind sie in gleicher Weise im Konkurs auch materiell Gemeinschuldner [335]). Ist daher über eine offene Handelsgesellschaft rechtskräftig Konkurs eröffnet worden, so erlischt die elterliche Verwaltung des Gewalthabers nach § 1647 BGB. Das gleiche gilt beim Konkurs einer Kommanditgesellschaft für den persönlich haftenden Gesellschafter [336]).

Der in Konkurs geratene Gesellschafter soll nun nicht notwendig dauernd von der Vermögensverwaltung des Kindesguts ausgeschlossen bleiben. Nach Aufhebung des Konkurses kann ihm das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen die Verwal-

---

[332]) WarnKom § 1647 Anm. 1 Abs. 1.

[333]) Kipp § 83 Anm. 69; Goldmann § 40 III Anm. 40; WarnKom § 1647 Anm. 1; Jaeger KO Kom § 1 Anm. 68; OLG 30, 82; KGJ 43, 35 ff; RJA 12, 179 ff; Hans GZ 14 Beiblatt 112.

[334]) Staub HBG Kom § 124 Anm. 6; JW 1921, 472; 1925, 733; RGZ 90, 300; 102, 303. Dagegen: Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 266 ff.

[335]) Jaeger § 210 Anm. 10.

[336]) Jaeger § 1 Anm. 68.

tung wieder übertragen. Darin liegt aber nicht ein Wiederaufleben der früheren Verwaltung; die Wiederübertragung der Verwaltung ist ein neuer, rechtsschaffender Akt. Denn die rechtskräftige Eröffnung des Konkurses hat das Recht der Vermögensverwaltung selbst, nicht die bloße Ausübung desselben ausgeschlossen.

Eine entsprechende Regelung hat das BGB. beim gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung getroffen. Die Rechtskraft des Konkurs-Eröffnungsbeschlusses beendet die Verwaltung des Ehemannes und führt kraft Gesetzes Gütertrennung herbei. Soll nach Beendigung des Konkurses der gesetzliche Güterstand wieder hergestellt werden, so müssen ihn die Eheleute durch Ehevertrag erneut begründen.

Das Gesetz will, daß von der rechtskräftigen Eröffnung bis zur Aufhebung [337]) oder Einstellung [338]) des Konkurses das elterliche Verwaltungsrecht unbedingt und schlechthin nicht besteht. Daraus ergeben sich die folgenden rechtlichen Konseqenzen:

a) Erlangt ein Gemeinschuldner im Verlauf des Konkurses die elterliche Gewalt — infolge einer Geburt, Legitimation oder Adoption —, so erhält er diese elterliche Gewalt unter Ausschluß der Vermögensverwaltung [339]). Dagegen steht ihm die elterliche Gewalt, die er erst nach Aufhebung oder Einstellung des Konkurses erwirbt, in vollem Umfange zu [340]).

b) Selbst wenn dem Gewalthaber während des Konkurses vom Vormundschaftsgericht die Verwaltung ganz oder teilweise übertragen würde, so müßte eine solche Anordnung unwirksam sein. So könnte beispielsweise dem Gemeinschuldner nicht nach § 1645 BGB. die Genehmigung zum Beginn eines Erwerbsgeschäfts für sein Kind erteilt werden. Denn § 1647 BGB. schließt während des Konkurses jede elterliche Verwaltungstätigkeit des Gemeinschuldners aus [341]).

Hat der Vater die Verwaltung durch den Konkurs verloren, so steht sie an seiner Stelle nicht der Mutter zu. Denn das Gesetz hat in den §§ 1684 ff. BGB. die wenigen Fälle ausdrücklich geregelt, in welchen die Mutter die elterliche Gewalt ausübt. Der Fall des § 1647 ist nicht aufgeführt. Diese Konsequenz wird auch durch einen Gegenschluß aus § 1685 BGB. abgeleitet [342]). Dieser bestimmt, daß bei der tatsächlichen Verhinderung des Vaters oder beim

---

[337]) §§ 163, 190 KO.
[338]) §§ 202, 204 KO.
[339]) Staudinger § 1647 Anm. 4; v. Blume § 1647 Anm. 1; WarnKom § 1647 Anm. 1.
[340]) Kipp § 83 III 1; Goldmann § 40 Anm. 43; Staudinger § 1647 Anm. 4; A. A.: Planck, Württ Z 44, 326 ff.
[341]) Körnig, Sächs A 12, 13.
[342]) Staudinger § 1647 Anm. 6.

Ruhen seiner elterlichen Gewalt die Ausübung derselben der Mutter zustehen soll. Oben ist bereits eingehend dargelegt, daß der Gemeinschuldner im Konkurse nicht bloß an der Ausübung der Verwaltung verhindert, sondern daß sein Verwaltungsrecht selbst völlig erloschen ist. Mit Recht weist daher v. Blume [343]) darauf hin, daß diese Frage nicht einfach mit dem Hinweis auf § 1685 BGB. zu erledigen ist; die eigentliche sedes materiae ist vielmehr § 1684 BGB.

Dem Kinde stehen im Konkurse seines Gewalthabers grundsätzlich die gewöhnlichen Rechte eines Konkursbeteiligten zu. Eine Besonderheit besteht darin, daß die Konkursforderungen des Kindes gemäß § 61 Ziffer 5 KO. bevorrechtet sind. Der besondere Schutz für die Konkursforderungen des Kindes durch Bevorrechtigung erscheint deswegen billig und gerecht, weil sich das Kind von Gesetzes wegen die elterliche Vermögensverwaltung gefallen lassen muß. Die logische Folge dieses Grundgedankens ist jedoch, daß die Bevorrechtigung nur insoweit eintritt, als das Kindesvermögen kraft Gesetzes der elterlichen Verwaltung unterliegt. Eine Bevorrechtigung im Konkurse besteht deshalb nicht, wenn beispielsweise einem Gewalthaber, dem das elterliche Verwaltungsrecht durch das Vormundschaftsgericht entzogen worden ist, durch einen Dritten bei einer Zuwendung an das Kind nach § 1638 BGB. das Verwaltungsrecht über das zugewendete Vermögen übertragen wird. Denn dann verwaltet der Gewalthaber nicht kraft Gesetzes, sondern infolge der Anordnung des Dritten. Anders liegt es dagegen, wenn der Schenker dem Gewalthaber, der die Vermögenssorge unbegrenzt inne hat, die Verwaltung über die zugewendeten Gegenstände noch besonders überträgt. Das Verwaltungsrecht stützt sich hier sowohl auf das Gesetz als auch auf die Anordnung des Dritten. Trotzdem hat das Kind bevorrechtete Konkursforderungen. Denn § 61 Ziffer 5 KO. verlangt nicht, daß die elterliche Verwaltung nur auf dem Gesetz beruht; es genügt, wenn sie sich auch auf das Gesetz stützt [344]).

§ 22.

Verwirkung infolge Verbrechens am Kinde.

Mit der Rechtskraft eines Strafurteils, durch welches der Gewalthaber wegen eines Verbrechens oder eines vorsätzlich begangenen Vergehens am Kinde zu Zuchthaus oder zu Gefängnis von mindestens sechs Monaten verurteilt worden ist, endet seine elterliche Gewalt und damit seine Vermögensverwaltung.

---

[343]) v. Blume § 1647 Anm. 3.
[344]) Jaeger KO-Kom § 61 Anm. 37.

Der Begriff des Verbrechens und Vergehens ergibt sich aus § 1 Abs. 1 RStGB. Ein Verbrechen ist eine strafbare Handlung, auf welche die Todesstrafe, Zuchthaus oder Festungshaft von mehr als fünf Jahren steht; ein Vergehen ist eine mit Gefängnis oder Festungshaft bis zu fünf Jahren bedrohte Handlung. Während die rechtskräftige Verurteilung wegen jedes Verbrechens am Kinde die elterliche Gewalt zum Erlöschen bringt, tritt diese Wirkung bei einem Vergehen nur dann ein, wenn es vorsätzlich begangen ist. Im übrigen macht es keinen Unterschied, ob die Tat vollendet ist oder ob nur ein strafbarer Versuch [345]) oder eine strafbare Vorbereitung vorliegt, ferner, ob der Gewalthaber als Täter oder Teilnehmer verurteilt ist, endlich, ob das Delikt nach Reichsrecht oder Landesrecht [346]) strafbar ist.

Das Verbrechen muß an dem Kinde verübt worden sein [347]). Unzweifelhaft gehören hierher alle Delikte, die sich gegen die Person, das Leben, den Körper, die Freiheit, auch gegen den Personenstand des Kindes richten. Diese Auffassung ist im wesentlichen allgemein anerkannt. Darüber hinaus fallen jedoch auch die gegen das Vermögen des Kindes gerichteten Delikte unter § 1680 BGB. [348]). Denn wenn das Gesetz schlechthin von einem Verbrechen am Kinde spricht, so ist mit dieser allgemeinen Ausdrucksweise nicht zur Geltung gebracht, daß sich § 1680 BGB. lediglich auf solche Delikte beschränken soll, die an der Person des Kindes verübt werden, während Delikte am Vermögen des Kindes als ausgeschlossen gelten sollen. Niemand wird daran denken, beispielsweise die Notwehr des § 227 BGB. nur bei einem Angriff auf die Person zuzulassen und sie bei Angriffen auf das Vermögen abzulehnen, obwohl das Gesetz sagt: ... um einen „Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden". Nach jener engen Ansicht müßte doch das Gesetz ausdrücklich erklären: „von sich oder seinem Vermögen oder einem Anderen oder dessen Vermögen abzuwenden".

Nach der allgemeinen Ausdrucksweise und Sprachtechnik des BGB. wird regelmäßig, wenn eine „Person" geschützt werden soll, die gesamte Rechtssphäre [349]) der Person einschließlich der Vermögenssphäre unter gesetzlichen Schutz gestellt. Eine Be-

---

[345]) v. Blume § 1680 Anm. 2 a; Planck § 1680 Anm. 1 a; Staudinger § 1680 Anm. 2 a.

[346]) Staudinger § 1680 Anm. 2 a.

[347]) Die etwaige Zustimmung des Kindes zur Tat des Vaters ist belanglos: Mot IV, 838; Planck § 1680 Anm. 1 a.

[348]) Planck § 1680 Anm. 1 a; RGRKom § 1680 Anm. 1; Staudinger § 1680; Anm. 2 b; Kipp § 83 Anm. 4; Goldmann § 44 Anm. 21; Starck, LZ. 1918, 1048. A. A.: Dernburg § 81 II; v. Blume § 1680 Anm. 2 a; WarnKom § 1680; Manthey, LZ 1917, 914; OLG 5, 187.

[349]) Staudinger § 1680 Anm. 2 b.

schränkung dieses Schutzes gerade im Falle des § 1680 BGB. auf die in § 823 Abs. 1 BGB. angeführten Lebensgüter [350]) ist weder juristisch zu begründen noch als recht und billig einzusehen.

Die Wirkung der Beendigung ist eine gesetzliche Folge der Rechtskraft [351]). Sie tritt ohne Zutun des Straf- oder Vormundschaftsrichters ipsa lege ein. Für die Beurteilung der Frage, ob eine unter § 1680 BGB. fallende Strafe ausgesprochen ist, ist allein die im Urteil angegebene Strafe entscheidend. Auf Tatsachen oder Vorgänge, die sich auf die Vollstreckung der Strafe beziehen, kommt es nicht an. So erlischt die elterliche Gewalt unbedingt mit der Rechtskraft des Strafurteils, auch wenn dem Gewalthaber Strafaufschub oder Strafaussetzung gewährt oder wenn der Gewalthaber begnadigt wird [352]); auch eine gemäß § 60 RStGB. angerechnete Untersuchungshaft darf nicht berücksichtigt werden [353]). Denn durch die Anrechnung der Untersuchungshaft wird an der ausgesprochenen Strafe nichts verändert; es handelt sich nur um eine Modalität der späteren Vollstreckung, die durch die Anrechnung eine Verkürzung erfährt.

Ist wegen eines Delikts am Kinde und wegen einer anderen strafbaren Handlung gemäß § 74 RStGB. auf eine Gesamtstrafe erkannt, so entscheidet nach § 1680 Abs. 1 S. 2 BGB. die Einzelstrafe, die wegen des am Kinde verübten Verbrechens oder Vergehens ausgeworfen ist. Hat das Gericht versehentlich verabsäumt, die Höhe der Einzelstrafen im Tenor oder den Gründen des Urteils anzugeben, indem es nur die Gesamtstrafe aufführt, so kann § 1680 BGB. keine Anwendung finden, weil die entscheidende Einzelstrafe nicht feststeht [354]). In einem solchen Fall kann aber das Vormundschaftsgericht nach den §§ 1666 ff. BGB. dem Gewalthaber die Vermögensverwaltung entziehen. Wenn der Gewalthaber wegen mehrerer an dem Kinde verübter Delikte zu einer Gesamtstrafe verurteilt ist, so ist in analoger Anwendung des § 1680 Abs. 1 S. 2 BGB. auch in diesem Fall die Einzelstrafe entscheidend. Deshalb muß mindestens eine Einzelstrafe 6 Monate Gefängnis betragen; es genügt nicht, daß die Gesamtstrafe diese Höhe erreicht [355]).

Die Rechtskraft des Urteils führt die Beendigung der elterlichen Gewalt herbei, jedoch nur gegenüber dem Kinde, bei welchem die

---

[350]) Wie Manthey zutreffend angibt, LZ 1917, 914.

[351]) §§ 316, 343, 449 StPO.

[352]) RGRKom § 1680 Anm. 2; WarnKom § 1680; Planck § 1680 Anm. 5; v. Blume § 1680 Anm. 2; Staudinger § 1680 Anm. 3; Goldmann 40 III b; Riß, BlfRA. 69, 551 ff; Gruch 53, 1184.

[353]) Planck § 1680 Anm. 1 b; Staudinger § 1680 Anm. 2 c.

[354]) Planck § 1680 Anm. 2 b.

[355]) v. Blume § 1680 Anm. 2 b; RGR Kom § 1680 Anm. 1; Goldmann § 44 Anm. 24; Manthey, LZ 1917, 911 ff. A. A.: Mot IV, 839; Kipp § 83 I 5; Dernburg § 81, 2; Staudinger § 1680 Anm. 2 c; Planck § 1680 Anm. 1 b; Starck, LZ 1917, 727.

Voraussetzungen des § 1680 BGB. erfüllt sind[356]). Die elterliche Gewalt an etwaigen anderen Kindern des Gewalthabers bleibt bestehen. Aber das Vormundschaftsgericht wird regelmäßig dem Gewalthaber nach den §§ 1666 ff. BGB. die elterliche Gewalt oder die Vermögensverwaltung hinsichtlich der übrigen Kinder durch Beschluß entziehen.

Ist der Gewalthaber im Wiederaufnahmeverfahren unter Aufhebung des früheren Urteils freigesprochen oder ist die Strafe auf weniger als sechs Monate Gefängnis festgesetzt worden, so lebt die elterliche Gewalt einschließlich der Vermögensverwaltung rückwirkend wieder auf. Denn das frühere Urteil gilt als nie vorhanden gewesen[357]).

§ 23.

Wiederverheiratung der Mutter.

Die elterliche Vermögensverwaltung der Mutter endigt aus denselben Gründen wie die des Vaters. Lediglich in § 1697 BGB. hat das Gesetz einen selbständigen und eigenartigen Beendigungsgrund hinsichtlich der Mutter geschaffen. Wenn sich die Mutter wiederverheiratet, so endet mit der Eingehung der neuen Ehe ihre elterliche Gewalt über das Kind aus der früheren Ehe. Die Beendigung tritt im Augenblick der Eingehung der Ehe kraft Gesetzes ein.

Von diesem Grundsatz gibt es eine Ausnahme: wenn eine Ehefrau geschieden worden ist und danach den geschiedenen Ehegatten wieder heiratet, so kann die Eingehung dieser Ehe unmöglich nunmehr die elterliche Gewalt der Mutter über das gemeinsame Kind beenden[358]). Denn die Mutter hat nicht nur während ihrer ersten Ehe mit dem Vater, sondern auch nach der Scheidung die elterliche Gewalt inne gehabt. Soll die Mutter jetzt die elterliche Gewalt durch die Wiederheirat mit dem früheren Ehegatten verlieren? Die Frage kann nur verneint werden.

Die Folge des vollständigen und endgültigen Erlöschens der elterlichen Gewalt ist, daß diese nicht wieder aufleben kann, wenn die neue Ehe durch den Tod des neuen Ehegatten oder durch Scheidung aufgelöst wird[358]). Zweifelhaft dürfte der folgende Fall sein: der Vater wird für tot erklärt; die Mutter hat danach allein

---

[356]) Staudinger § 1680 Anm. 5; WarnKom § 1680; RGRKom § 1680 Anm. 2; Planck § 1680 Anm. 4; Fuchs § 1680 Anm. 6; v. Blume § 1680 Anm. 3; Goldmann § 44 Anm. 26. — A. A.: Böhm, Gruch 41, 561.

[357]) Planck § 1680 Anm. 5; v. Blume § 1680 Anm. 2 c; WarnKom § 1680; Goldmann § 44 III b und § 44 Anm. 27. A. A.: RGRKom § 1680 Anm. 2.

[358]) Planck § 1697 Anm. 8; RGRKom § 1697 Anm. 2; Staudinger § 1697 Anm. 4; v. Blume § 1697 Anm. 3; WarnKom § 1697; Kipp § 87 Anm. 2; Dernburg § 83 Anm. 5; Goldmann § 45 Anm. 21; DJZ 1900, 166 ff; OLG 9, 458 ff; KGJ 29, 31; ZBlFG 2, 107.

die elterliche Gewalt inne; sie verheiratet sich und verliert dadurch die elteliche Gewalt; die neue Ehe wird infolge Scheidung gelöst; der Vater kehrt zurück und nimmt die elterliche Gewalt gemäß § 1679, 2 BGB. durch Erklärung wieder auf. Man wird annehmen dürfen, daß die Mutter durch die Erklärung des Vaters ihrerseits die elterliche Gewalt nicht wiedererlangt. Denn der Verlust infolge der Wiederverheiratung ist endgültig gewesen und wird durch die nur für den Vater rechtsbegründend wirkende Wiederaufnahme-Erklärung nicht beseitigt.

Ist die neue Ehe absolut nichtig, so tritt eine Beendigung der bisherigen elterlichen Gewalt der Mutter nicht ein. Durch eine nur relativ nichtige oder anfechtbare Ehe wird zwar die bisherige elterliche Gewalt der Mutter gleichfalls grundsätzlich nicht beendet [359]); aber die Nichtigkeit oder die Anfechtbarkeit der neuen Ehe und damit das Fortbestehen der alten elterlichen Gewalt kann nur in beschränktem Umfange geltend gemacht werden [360]).

Dritter Abschnitt.

§ 24.

Entziehung wegen Unterhaltsgefährdung.

Bei den bisher im ersten und zweiten Abschnitt behandelten Fällen trat die Beendigung der elterlichen Vermögensverwaltung kraft Gesetzes ein. Im Gegensatz dazu steht die Beendigung der Vermögensverwaltung durch Entziehung. Diese beruht auf einem Beschlusse des Vormundschaftsgerichts.

Wenn der Gewalthaber seine Unterhaltspflicht verletzt hat und zugleich den künftigen Unterhalt des Kindes gefährdet, so hat das Vormundschaftsgericht geeignete Maßnahmen zur Sicherung des Unterhalts zu treffen; es kann insbesondere dem Gewalthaber die Vermögensverwaltung entziehen, § 1666 Abs. 2 BGB.

Das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts ist an die doppelte Voraussetzung der geschehenen Verletzung und der drohenden Gefährdung des Unterhaltsanspruchs gebunden. Eine Verletzung ist nur gegeben, wenn der Gewalthaber einen Unterhaltsanspruch des Kindes gemäß §§ 1601 ff. BGB. nicht erfüllt hat. Dabei ist Voraussetzung, daß überhaupt ein Bedürfnis [361]) des Kindes auf Gewährung von Unterhalt durch den Gewalthaber vorliegt. Deshalb kann von einer Unterhaltsverletzung nicht

[359]) v. Blume § 1697 Anm. 2; Staudinger § 1697 Anm. 5.
[360]) Vgl. oben § 3 I.
[361]) Staudinger § 1602 Anm. 1; v. Blume § 1602 Anm. 1.

gesprochen werden, wenn das Kind von einem Verwandten [362]) oder der Mutter [363]) unterhalten wird, indem diese aus freien Stücken oder kraft ausdrücklicher Vereinbarung mit dem Vater den Unterhalt gewähren. Sowie jedoch diese Personen ihre Leistungen aus irgendwelchen Gründen einstellen, hat der Gewalthaber sofort einzugreifen und seinerseits Unterhalt zu gewähren, und zwar ohne Rücksicht auf einen etwaigen Vertrag, durch welchen sich der Dritte gegenüber dem Gewalthaber zur Gewährung von Unterhalt verpflichtet hat. — Außer der geschehenen Verletzung muß eine erhebliche Gefährdung des Unterhaltsanspruchs vorliegen. Dies kann je nach der Lage des einzelnen Falls aus Handlungen oder Äußerungen des Gewalthabers oder aus sonstigen Umständen gefolgert werden.

Bestritten ist die Frage, ob eine objektive Verletzung und Gefährdung hinreicht oder ob zugleich ein Verschulden des Gewalthabers vorliegen muß. Diejenigen, die das letztere annehmen, gehen von § 1666 Abs. 1 BGB. aus und betrachten § 1666 Abs. 2 BGB. als Unterfall des ersten Absatzes. Die Vorschrift des § 1666 Abs. 1 BGB. legt dem Vormundschaftsgericht die Pflicht zum Einschreiten mit den erforderlichen Maßregeln auf, wenn der Gewalthaber das geistige und leibliche Wohl des Kindes durch Mißbrauch des Personensorgerechts, durch Vernachlässigung des Kindes oder durch ehrloses und unsittliches Verhalten gefährdet. Alle diese Handlungen sind nur schuldhaft denkbar. Daraus, daß nun nach Abs. 2 im Falle der Unterhalts-Verletzung und -Gefährdung „auch die Vermögensverwaltung sowie die Nutznießung entzogen werden" kann, folgert man, der zweite Absatz sei ein bloßer Unterfall der schuldhaften Vernachlässigung des Absatz 1; daher dürfe die Entziehung der Vermögensverwaltung nur vorgenommen werden, wenn den Gewalthaber ein Verschulden treffe [364]). Dieser Ansicht aber kann nicht beigetreten werden [365]). Der zweite Absatz ist nicht ein Unterfall des ersten Absatzes, sondern normiert selbständig und im einzelnen genau seinen eigenen Tatbestand, wie er oben besprochen worden ist. Es ist unrichtig, aus dem Wörtchen „auch" zu folgern, daß damit auf den ersten Absatz in seiner Gesamtheit und dadurch zugleich auf das Verschuldensprinzip dieses Absatzes Bezug genommen wird. Die Stellung des Wörtchens „auch" im Satzbau ergibt eindeutig, daß es sich nicht auf den gesamten ersten Absatz, sondern lediglich auf die

[362]) Goldmann § 43 Anm. 34; OLG 30, 84.

[363]) KGJ 37, 45; JW 1904, 340; DJZ 1912, 688; OLG 17, 263 ff; Bayr. OLG 14, 316.

[364]) RGRKom § 1666 Anm. 5; WarnKom § 1666 Anm. VI; Staudinger § 1666 Anm. III B; Goldmann § 43 Anm. 34; Recht 1914, Nr. 785; Bayr. OLG 12, 323.

[365]) v. Blume § 1666 Anm. IV; OLG 31, 410; KGJ 34, 28.

dort erwähnten Maßregeln bezieht. Daher darf man sich auf dieses Wörtchen nicht berufen. Hinzu kommt, daß der Gesetzgeber, wenn er schlechthin von Verletzung spricht, nach seinem Sprachgebrauch damit regelmäßig die objektive Verletzung [366]) meint. Verlangt er ein Verschulden, so setzt er dies ausdrücklich hinzu (siehe beispielsweise das Gebiet der unerlaubten Handlungen [367]). Daher wäre bei § 1666 Abs. 2 BGB. unbedingt in dem sehr eingehend formulierten Tatbestand das Verschuldensprinzip besonders zum Ausdruck gebracht worden, wenn das Gesetz ein Verschulden hätte verlangen wollen. Im übrigen kennt das Gesetz denselben Tatbestand außerdem in § 1418 Ziff. 2 BGB. bei der Klage der Ehefrau auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns. Hier wird ein Verschulden weder von der Wissenschaft noch von der Rechtsprechung gefordert [368]). Beide Tatbestände unterscheiden sich weder durch den Wortlaut noch durch den Zweck. Der Zweck des Gesetzes ist nicht der, den Ehemann oder den Gewalthaber durch die Entziehung der elterlichen Vermögensverwaltung zu strafen, sondern die Ehefrau oder das Kind zu sichern. Der Gesetzgeber will aber das K i n d gewiß nicht schlechter stellen als die E h e f r a u ; deshalb darf nicht angenommen werden, daß er das Kind — im Gegensatz zur Ehefrau — nur bei einem Verschulden des Gewalthabers gesichert wissen will. So ergibt die Betrachtung der Parallelbestimmung im Ehegüterrecht, daß die Entziehung der Vermögensverwaltung bei einer nicht schuldhaften Verletzung und Gefährdung des Kindesunterhaltes zulässig ist. Endlich spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 1666 Abs. 2 für die hier vertretene Auffassung, wie Starck a. a. O. im einzelnen darlegt. Starck kommt zunächst zu dem hier vertretenen Ergebnis und lehnt die Lehre vom Unterfall ab. Jedoch fordert er das Verschulden aus Analogie zur Verwirkung der elterlichen Gewalt aus § 1680 BGB. Diese Auffassung ist jedoch auch nicht zu halten. Denn dort in § 1680 BGB. handelt es sich um eine selbstwirkende, auf strafprozessualer Grundlage beruhende Rechtsfolge, hier um eine in das Ermessen des Vormundschaftsgerichts gelegte Maßnahme. Der Charakter dieser beiden Bestimmungen ist so verschieden, daß sich eine derartige Analogie nicht rechtfertigen läßt.

Auf Grund des § 1666, 2 BGB. kann das Gericht die Vermögensverwaltung entziehen, und zwar ganz oder teilweise, dauernd oder auf bestimmte Zeit [369]). Die Vermögensverwaltung endet mit der Zustellung des Entziehungsbeschlusses.

[366]) A. Schmidt § 1391 Anm. 1 a, δ.
[367]) Andere Fälle führt an: Starck LZ 1917, 849.
[368]) A. Schmidt § 1418 Anm. 3 b; Planck § 1418 Anm. 4 a; Staudinger § 1418 Anm. 3 b, δ.
[369]) Staudinger § 1666 Anm. III B 2; Planck § 1666 Anm. 2 c.

§ 25.

Entziehung wegen Verletzung gerichtlicher Anordnungen.

Das Vormundschaftsgericht erhält durch § 1670 BGB. das Recht, dem Gewalthaber die elterliche Vermögensverwaltung ganz oder teilweise [370]), bedingt oder betagt [370]) zu entziehen, wenn der Gewalthaber Anordnungen verletzt, die das Vormundschaftsgericht nach den §§ 1667 und 1668 BGB. getroffen hat oder wenn er die Inventarisationspflicht des § 1640 BGB. bei einer beabsichtigten neuen Eheschließung nicht erfüllt.

Die Entziehung der Vermögensverwaltung nach § 1670 BGB. ist keine Strafe für den Gewalthaber, sondern eine Sicherungsmaßnahme, die dem Interesse des Kindes dient. Daher ist die Entziehung ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Gewalthabers zulässig [371]). Allerdings kann die Frage des Verschuldens eine Rolle spielen für das Ermessen [372]) des Vormundschaftsgerichts bei der Prüfung der Frage, ob die Entziehung als Sicherungsmaßnahme erforderlich ist oder ob nicht schon schwächere Maßnahmen den Sicherungszweck zu erfüllen vermögen. Kipp [373]) hält ein Verschulden für erforderlich, begründet jedoch seine Ansicht nicht näher. Er beruft sich auf die angebliche Entscheidung des Kammergerichts OLG. 9, 423; gemeint ist aber offenbar OLG. 7, 423. Dort vertritt das Kammergericht jedoch die Auffassung des Textes, nicht die Ansicht Kipps.

I.

Das Gesetz macht dem Vormundschaftsgericht zur Pflicht, gegen den Gewalthaber mit bestimmten, in § 1667 Abs. 2 BGB. im einzelnen angegebenen Maßregeln vorzugehen, wenn der Gewalthaber das Vermögen des Kindes gefährdet, daß er die mit der Verwaltung und Nutznießung verbundenen Pflichten verletzt oder daß er in Vermögensverfall gerät.

Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn der Gewalthaber beispielsweise die Verwaltung vernachlässigt oder wirtschaftswidrig führt, wenn er es unterläßt, in den gesetzlich bestimmten Fällen die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einzuholen, oder wenn er die Pflichten der §§ 1640 bis 1645 BGB. außer acht läßt. Die Pflicht-

---

[370]) RGR Kom § 1670 Anm. 1; v. Blume § 1670 Anm. 1; Planck § 1670 Anm. 2; Staudinger § 1670 Anm. 1.

[371]) Staudinger § 1670 Anm. IV 2 b; v. Blume § 1670 Anm. 2 a; RGR Kom § 1670 Anm. 1; Planck § 1670 Anm. 2; WarnKom § 1670; Goldmann § 43 Anm. 52; OLG 7, 423; KGJ 33, 43.

[372]) v. Blume § 1670 Anm. 2 a; OLG. 7, 423.

[373]) Kipp § 83 Anm. 77.

verletzung, die nicht schuldhaft [374]) zu sein braucht, muß bereits geschehen sein.

Ein zweiter Fall, der zu vormundschaftsgerichtlichen Maßnahmen Veranlassung gibt, liegt vor, wenn der Gewalthaber in Vermögensverfall gerät. Auch hier ist nach dem Wortlaut des Gesetzes erforderlich, daß der Verfall bereits eingesetzt hat; eine bloße Gefahr des Verfalls reicht nicht hin [375]). Das Vorliegen des Verfalls, der in einem regelmäßig fortschreitenden Rückgang des Vermögens besteht, wird man gewöhnlich daran erkennen, daß der Gewalthaber seine Verpflichtungen nicht oder nicht ordentlich erfüllt, daß mehrfach Zwangsvollstreckungen gegen ihn betrieben werden und insbesondere, daß diese fruchtlos ausfallen.

Das Vormundschaftsgericht darf die Anordnungen des § 1667 BGB. dann treffen, wenn durch die Pflichtverletzung oder durch den Vermögensverfall des Gewalthabers das Vermögen des Kindes gefährdet wird. Die G e f ä h r d u n g braucht nicht, wie in § 1666 BGB., erheblich zu sein. Andererseits muß das Vermögen des Kindes bereits in Gefahr schweben; die Möglichkeit einer künftigen Gefahr ist nicht ausreichend [376]).

Eine gegenwärtige Gefahr liegt dann vor, wenn die Umstände des einzelnen Falles den Eintritt einer Schädigung des Kindes nach allgemeiner Erfahrung wahrscheinlich machen [377]). Der drohende Schaden kann nicht nur in einem Verlust, sondern auch im Unterbleiben eines Zugangs bestehen.

Im allgemeinen wird eine ausnahmsweise, nur einmalige Pflichtverletzung noch keinen genügenden Grund zum Einschreiten des Vormundschaftsgerichts abgeben [378]). Allerdings läßt sich keine feste allgemeine Regel aufstellen, da stets die Umstände des einzelnen Falls zu berücksichtigen sind. Der Vermögensverfall allein stellt auch noch keine Gefahr dar. Eine Gefahr pflegt erst gegeben zu sein, wenn das Kind mit Interventionsprozessen rechnen muß oder wenn die Wahrscheinlichkeit besteht, daß der Gewalthaber Kindesgeld zur Deckung seiner eigenen Schuld verwendet [379]). Regelmäßig wird eine Gefahr dann nicht drohen, wenn das Vermögen des Kindes beispielsweise nur aus dem Alleineigentum an einem Grundstück besteht. Denn das Grundstück ist vom Vermögen des Gewalthabers r e c h t l i c h infolge des Grundbuch-

---

[374]) Goldmann § 43 Anm. 38; Planck 1667 Anm. 1 a; Staudinger § 1667 Anm. II 2 a; WarnKom § 1667.

[375]) Kipp § 80 Anm. 59; Staudinger § 1667 Anm. II 2 c; Goldmann § 43 Anm. 39; OLG 8, 352; KGJ 33, 30.

[376]) Planck § 1667 Anm. 1 b; Staudinger § 1667 Anm. 1; WarnKom § 1667; Kipp § 80 Anm. 59; KGJ. 38, 23; Bayr. OLG. 4, 700; 5, 290 u. 625; 20, 6.

[377]) Recht 1923, Nr. 1355.

[378]) Planck § 1677 Anm. 1 b.

[379]) BlfRA. 1905, 177.

eintrags, tatsächlich infolge seiner wirtschaftlichen Geschlossenheit als selbständiges Vermögensgut nach außen deutlich erkennbar gesondert.

II.

Ist das Vormundschaftsgericht der Überzeugung, daß es durch Anordnungen nach § 1667 Abs. 2 BGB. eine hinreichende Sicherung des Kindesvermögens nicht zu erreichen vermag, so kann es dem Gewalthaber eine Sicherheitsleistung auferlegen. Diese einschneidende Maßnahme bedeutet häufig eine schwere finanzielle Belastung für den Gewalthaber. Deshalb ist sie nur beim Versagen geringwertigerer Anordnungen zulässig. Damit ist nicht gesagt, daß das Vormundschaftsgericht andere Maßnahmen bereits versucht und ihre Nutzlosigkeit auch tatsächlich erfahren haben müßte; es kann vielmehr aus der Lagerung des Falls von vornherein zu dem Schluß kommen, daß die Sicherheitsleistung die einzige geeignete Maßnahme ist [380]). Auch ist nicht zu prüfen, ob der Gewalthaber Sicherheit leisten kann oder will [381]). Denn die Leistungsfähigkeit und der Leistungswille des Gewalthabers sind weder in § 1667 BGB. noch in § 1668 BGB als tatbestandsmäßige Voraussetzung für die Anordnung der Sicherheitsleistung aufgeführt. Die Höhe der Sicherheit wird nach freiem Ermessen bestimmt. Die §§ 232 ff BGB. sind nicht zwingend maßgebend [382]), werden jedoch als Richtlinie dienen können.

Leistet der Gewalthaber einer Anordnung des Vormundschaftsgerichts nicht Folge, so kommt es für die weiteren Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts darauf an, ob der Gewalthaber eine Anordnung auf Sicherheitsleistung oder eine andere Anordnung verletzt hat. Wenn es sich um eine andere Anordnung handelt, so kann das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen entweder eine andere, vielleicht eine schärfere Maßnahme treffen oder sogar die Vermögensverwaltung entziehen. Anders ist es, wenn der Gewalthaber eine Anordnung auf Sicherheitsleistung nicht befolgt. Denn dann ist ausschließlich die Entziehung der Vermögensverwaltung zulässig, § 1670 Satz 2 BGB. Durch den Ausschluß aller anderen Maßregeln will das Gesetz verhindern, daß die finanzielle Existenz des Gewalthabers untergraben wird [383]). Denn sonst würde häufig der Unterhalt des Kindes bedroht werden. Wenn

---

[380]) Staudinger § 1668 Anm. 2c α; v. Blume § 1668 Anm. 2; WarnKom § 1668; Kipp § 80 Anm. 62; Goldmann § 43 Anm. 45; KGJ. 33, 41.

[381]) Staudinger § 1668 Anm. 2c γ; WarnKom § 1670; KGJ 33, 41; Recht 1923 Nr. 1355.

[382]) v. Blume § 1844 Anm. 3; Kipp § 80 Anm. 63; Goldmann § 43 Anm. 46.

[383]) Mot IV, 810; RGR Kom § 1670 Anm. 2.

daher der Gewalthaber die Sicherheit nicht leistet, so kann sie weder mit einer Klage noch durch die Eintragung einer Sicherungshypothek in entsprechender Anwendung des § 54 FGG.[384]) noch mit Maßnahmen landesrechtlicher Natur erzwungen werden[385]). Nicht zu verwechseln mit der unzulässigen Erzwingung der Sicherheitsleistung im Wege einer Klage ist die Einbringung eines Arrestes in das Vermögen des Gewalthabers zur Sicherung einer Forderung des Kindes. Mit Recht hat das Reichsgericht[386]) angenommen, daß ein solcher Arrest zulässig ist. Denn dieser Arrest stellt nicht eine Vollziehung der vormundschaftsgerichtlichen Anordnung auf Sicherheitsleistung dar, sondern dient der Sicherung einer gefährdeten Forderung des Kindes gegen den Gewalthaber. Es ist zwar dem Vormundschaftsgericht untersagt, die Leistung einer von ihm angeordneten Sicherheit zu erzwingen, nicht aber dem Kinde, seine Forderungen vom Gewalthaber wie von jedem anderen Schuldner beizutreiben, beziehungsweise die Beitreibung durch einen Arrest zu sichern.

III.

Während in den bisher behandelten Fällen der §§ 1667 und 1668 BGB. Voraussetzung für die Entziehung der Vermögensverwaltung der Erlaß einer vormundschaftsgerichtlichen Anordnung und die Nichterfüllung dieser Anordnung seitens des Gewalthabers ist, genügt in den nunmehr zu behandelnden Fällen der §§ 1640 und 1669 BGB. die bloße Nichterfüllung einer gesetzlichen Vorschrift, ohne daß das Vormundschaftsgericht eine besondere Anordnung hätte erlassen müssen.

Das Gesetz legt dem Vater in § 1640 BGB. die Verpflichtung auf[387]), das von ihm in seiner Eigenschaft als Gewalthaber verwaltete Kindesvermögen, welches beim Tode der Mutter vorhanden ist oder später hinzukommt, zu verzeichnen, die Richtigkeit des Verzeichnisses zu versichern und es dem Vormundschaftsgericht einzureichen.

Im Gegensatz zum Vormund braucht der Gewalthaber bei den Haushaltsgegenständen nur den Gesamtwert anzugeben. Im übrigen müssen die Gegenstände einzeln aufgeführt werden. Gehört dem Kinde nur ein Anteil an einer anderen, selbständigen Vermögensmasse, so ist nur die Angabe des Anteils notwendig; denn

---

[384]) Dies ist gegenüber dem Vormund nach § 1844 BGB. zulässig.
[385]) Planck § 1670 Anm. 1; Staudinger § 1670 Anm. 6 a—c; WarnKom § 1670; Goldmann § 43 Anm. 53.
[386]) JW 1907, 203 (8).
[387]) Was für den Vater gilt, gilt nach § 1686 BGB. ebenso für die Mutter.

der Verwaltung des Gewalthabers unterliegen nicht die einzelnen Gegenstände des fremden Vermögens, sondern nur der Anteil des Kindes am fremden Vermögen. Das gilt vor allem bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft [388]). Hier unterliegt nur der Anteil des Kindes am Gesamtgut der Verwaltung des Vaters in seiner Eigenschaft als Gewalthaber. Die einzelnen Gegenstände des Gesamtguts verwaltet er kraft eigenen Rechts als überlebender Ehegatte. Ist dagegen der Vater Vorerbe und das Kind Nacherbe, so müssen die einzelnen Gegenstände aufgeführt werden, da diese dem Kinde schon aufschiebend bedingt als Bestandteile der Nacherbmasse gehören [389]).

Zweifelhaft ist, ob sich die Verzeichnispflicht nur auf das Vermögen erstreckt, welches das Kind beim Tode der Mutter besitzt und bis zum Augenblick der Inventarisation erlangt oder ob auch darüber hinaus das nach der Inventarisation erworbene Kindesvermögen nachträglich angegeben werden muß. Die Motive und Protokolle zum Gesetz [390]) erklären, daß durch die Aufstellung der Verzeichnispflicht, die häufig nach dem Tode eines Ehegatten eintretende Unklarheit über die Eigentumsverhältnisse behoben und im Interesse des Kindes ein Beweismittel geschaffen werden soll. Daraus ist zu folgern, daß nach dieser einmaligen, durch die Einreichung des Verzeichnisses geschaffenen Klärung eine weitere Inventarisationspflicht nach § 1640 BGB. nicht mehr besteht [391]). Mit Recht interpretiert v. Blume [392]) die Worte ...„oder dem Kinde später zufällt“... lediglich dahingehend, daß eine Verzeichnispflicht auch dann bestehen soll, wenn das Kind beim Tode der Mutter kein Vermögen gehabt hat, (infolgedessen auch kein Inventar errichtet worden ist), aber später Vermögen erlangt.

Der Gewalthaber hat ohne Aufforderung und ohne Anordnung des Vormundschaftsgerichts ein Verzeichnis anzulegen [393]). Verletzt er diese Pflicht, so kann ihm das Vormundschaftsgericht die Vermögensverwaltung entziehen.

---

[388]) WarnKom 1640 Anm. I; Staudinger § 1640 Anm. 2 c; Planck § 1640 Anm. 1 a; v. Blume § 1640 Anm. 3 c; RGR Kom 1640 Anm. 1; Endemann § 200 Anm. 21; Dernburg § 77 Anm. 2; Goldmann § 40 Anm. 21; Kipp § 80 Anm. 45. — A. A: Markus, ZBlFG 1, 671; Schultheis, ZBlFG. 7, 188.

[389]) WarnKom § 1640 Anm. I; Staudinger § 1640 Anm. 2 f; Kipp § 80 Anm. 45; RGZ 65, 142 ff; 75, 112 ff; Recht 1904, Nr. 1173; KGJ 43, 38. — A. A.: v. Blume § 1640 Anm. 3 a.

[390]) Mot IV, 743, 777. Prot. IV, 562 ff.

[391]) Staudinger § 1640 Anm. 2 a; Endemann § 200 Anm. 16; Goldmann § 40 Anm. 20; Gimmerthal, Bürg A. 29, 276. — A. A.: Kipp § 80 Anm. 45; Planck § 1640 Anm. 1 b; WarnKom § 1640 Anm. I; Schultheiß, ZBlFG. 7, 177 ff.

[392]) v. Blume § 1640 Anm. 3 b.

[393]) KGJ 20, 227; 36, 159.

Die gleiche Wirkung knüpft das Gesetz an die Nichterfüllung der Verpflichtungen aus § 1669 BGB. Trägt sich der Gewalthaber [394]) mit der Absicht, sich wieder zu verheiraten, so hat er die Pflicht, a) diese Absicht dem Vormundschaftsgericht anzuzeigen, b) ein Verzeichnis des seiner elterlichen Verwaltung unterliegenden Kindesvermögens einzureichen und c), falls er mit dem Kinde in Vermögensgemeinschaft steht, die Auseinandersetzung herbeizuführen. Die neue Ehe darf nach § 1314 BGB. erst eingegangen werden, wenn ein Zeugnis des Vormundschaftsgerichts vorliegt, daß der Gewalthaber die Verpflichtungen aus § 1669 BGB. erfüllt hat oder daß sie ihm nicht obliegen.

Für die Anzeige der beabsichtigten Wiederverheiratung ist eine Form nicht vorgeschrieben [395]). Der Gewalthaber kann sie daher schriftlich an das Gericht oder mündlich vor Gericht erstatten.

Über das vom Gewalthaber einzureichende Vermögensverzeichnis sagt das Gesetz im Gegensatz zu § 1640 BGB. nichts Näheres. Daraus ergibt sich, daß die Erleichterungen und Erschwerungen des § 1640 BGB. hier nicht anzuwenden sind. Daher bedarf das Verzeichnis einerseits nicht der ausdrücklichen Versicherung der Richtigkeit [396]); andererseits dürfen die Haushaltsgegenstände nicht lediglich als Gesamtwert angegeben werden, sondern sind einzeln zu verzeichnen [397]). Hat der Gewalthaber bereits früher ein Verzeichnis auf Grund des § 1640 BGB. oder einer vormundschaftsgerichtlichen Anordnung eingereicht, so muß dieses lediglich ergänzt werden [398]), insbesondere hinsichtlich der Wirtschaftsgegenstände, falls diese nur dem Gesamtwert nach angegeben sind. — Wenn das Kind kein Vermögen hat, so ist d i e s e Anzeige zu erstatten [399]).

Die Klarstellung der Vermögensverhältnisse verlangt fernerhin im Interesse des Kindes die Auseinandersetzung bei Vermögens-

---

[394]) Ähnliche Pflichten gibt § 1493 Abs. 2 BGB dem überlebenden Ehegatten bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft auf, wenn sich dieser wieder verheiraten will. Maßnahmen gegen den Gewalthaber gemäß § 1678 BGB. können jedoch nicht auf § 1493 BGB, sondern nur auf § 1669 BGB gestützt werden. Die Nichterfüllung der Pflichten aus § 1493, 2 BGB. hat nur zur Folge, daß der überlebende Ehegatte kein Zeugnis zur Wiederverheiratung gemäß § 1314, 2 BGB erhält (A. Schmidt § 1493 Anm. 3 c und d; RGRKom § 1493 Anm. 8); seine Vermögensverwaltung bleibt unberührt.

[395]) Staudinger § 1669 Anm. II a; A. Schmidt § 1493 Anm. 3 a.

[396]) v. Blume § 1669 Anm. 3 b; WarnKom 1669; Staudinger § 1669 Anm. II b 3; Planck § 1669 Anm. 2 b.

[397]) v. Blume § 1669 Anm. 3 b; RGR Kom § 1669 Anm. 1; A. A.: Planck § 1669 Anm. 2 b; Staudinger § 1669 Anm. II b 2; WarnKom § 1669; Goldmann § 40 Anm. 31.

[398]) Staudinger § 1669, Anm. II b 5.

[399]) v. Blume § 1669 Anm. 3 b; Staudinger § 1669 Anm. II b; WarnKom § 1669.

Gemeinschaften zwischen dem Gewalthaber und dem Kinde. Der häufigste Fall ist der einer Erbengemeinschaft [400]). Keine Gemeinschaft liegt vor, wenn das Kind einen Pflichtteilanspruch gegen den Gewalthaber als Erben hat [401]). Denn hier besitzt das Kind einen bloßen obligatorischen Anspruch gegen den Gewalthaber, aber keinen Anteil an der Erbmasse. Ebensowenig ist eine Auseinandersetzung möglich, wenn der Gewalthaber Vorerbe und das Kind Nacherbe ist [402]). Denn dann ist das Kind zwar bedingt, aber nicht anteilsmäßig Erbe des Nachlasses.

Die Auseinandersetzung ist nicht daurch gehindert, daß sie von den Miterben gemäß § 2042 BGB. durch Vereinbarung ausgeschlossen worden ist; denn die Wiederverheiratung des Gewalthabers und seine damit zusammenhängende Auseinandersetzungspflicht aus § 1669 BGB. stellt einen wichtigen Grund zur Kündigung der Gemeinschaft dar. Aus der Verweisung des § 2042 Abs. 2 BGB. auf § 749 BGB. ergibt sich, daß die Kündigung des Gewalthabers aus einem solchen wichtigen Grunde selbst dann zulässig ist, wenn die Erben den Ausschluß der Auseinandersetzung vereinbart haben [403]). Das Gleiche gilt, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung die Auseinandersetzung nach § 2044 BGB. ausgeschlossen hat, da auch § 2044 BGB. auf § 749 Abs. 2 BGB. verweist.

Bemerkt sei, daß das Vormundschaftsgericht nach § 1669 Satz 2 BGB. gestatten kann, daß die Auseinandersetzung erst nach der Eheschließung vorgenommen wird. Diese Vorschrift ist zur Vermeidung von Härten und Unbilligkeiten in den Fällen geschaffen worden, wo die Auseinandersetzung vermutlich längere Zeit in Anspruch nehmen wird. Die Erlaubnis kann auf einzelne, gemeinschaftliche Gegenstände beschränkt werden. Im Interesse des Kindes wird es häufig geboten sein, die Hinausschiebung der Auseinandersetzung von einer Sicherheitsleistung des Gewalthabers abhängig zu machen. [404]).

---

[400]) Es kommen jedoch auch Gemeinschaften gemäß §§ 705 ff, 741 ff, 1008 ff, 1483 ff in Betracht.

[401]) RGRKom § 1669 Anm. 1; WarnKom § 1669; Staudinger § 1669 Anm. II c 1; Goldmann § 40 Anm. 32; KGJ 44, 32.

[402]) Kipp § 80 Anm. 51; Goldmann § 40 Anm. 32; Planck § 1669 Anm. 2 c; Staudinger § 1669 Anm. II c 1; WarnKom § 1669; OLG 5, 402; 7, 119; KGJ 24, 155; 43, 40.

[403]) RGR Kom § 2042 Anm. 2.

[404]) Staudinger § 1669 Anm. II 4 c.

Lebenslauf.

Am 19. März 1904 bin ich zu Frankfurt/Oder geboren. Ich besitze die preußische und württembergische Staatsangehörigkeit. In Frankfurt/Oder besuchte ich das dortige Reform-Realgymnasium, das ich im September 1922 mit dem Reifezeugnis verließ. Darauf studierte ich zunächst zwei Semester in Tübingen, dann fünf Semester in Berlin. Im Herbst 1926 legte ich am Kammergericht die erste Staatsprüfung ab. Zur Zeit bin ich auf meiner letzten Ausbildungsstation am Kammergericht als Referendar beschäftigt.